Der Verbotsirrtum

Erster Teil:

Die Begründung des Schuldvorwurfs
in den drei Klassen der Delikte

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Hohen Juristischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Bonn

Von

Hans Weinberg

Referendar in Berlin

BONN A. Rh. 1928

Verlag Ludwig Röhrscheid

Referent:

Prof. Graf zu Dohna, Bonn

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die vollständige, auch den II. Teil „Das Problem der Scheidung der Irrtümer und seine Lösung" enthaltende Abhandlung ist abgedruckt in „Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen", Heft 2. Verlag Ludwig Röhrscheid, Bonn.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Allgemeines	7—19
§ 1. Das Problem und die besonderen Absichten dieser Arbeit	7
§ 2. Das voraussichtliche künftige Strafgesetz . .	13
§ 3. Das „begrifflich unlösbare Problem“ . . .	15
§ 4. Ist der erste Teil dieser Abhandlung bereits überholt?	19
Erster Teil. Die Begründung des Schuldvorwurfs in den drei Klassen der Delikte	20—60
§ 5. Die subjektiven Theorien	20
§ 6. Die objektiven Theorien	27
§ 7. Die Einseitigkeit beider Theorien	32
§ 8. Dreifache Teilung der Erörterung	34
§ 9. Die „an sich pflichtwidrige“ Handlung. Der Schuldvorwurf in der ersten Deliktsklasse	35
§ 10. Die Verstöße gegen Kulturnormen. Der Schuldvorwurf in der zweiten Deliktsklasse	42
§ 11. Verstöße gegen positive Satzungen. Der Schuldvorwurf in der dritten Deliktsklasse	54
§ 12. Rechts- oder Pflichtwidrigkeit?	57
§ 13. Der Gesetzesvorschlag	59

Verzeichnis nur der Literatur,

welche teilweise abgekürzt oder unter Fortlassung der Jahreszahl zitiert wird.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage 1922.

Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, Erlanger Rektoratsrede 1904.

Alsberg, Preistreibereistrafrecht, 7. Auflage, 1922.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II, 1907.

v. Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Behandlung des Rechtsirrtums, Ger. S. 74, 1909, S. 281 ff.

Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, Erlanger Diss. 1898.

Beling, Lehre vom Verbrechen, 1906. — Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1910.

Binding, Normen I 1916; II 1, 2. Aufl. 1914; II 2, 2. Aufl. 1916; III 1918.

Dohna, Graf zu, Die Elemente des Schuldbegriffs, 1904, Ger. S. 65, S. 304 ff.

Dohna, Graf zu, Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen, Z. St. W. 27 (1906—7), S. 329 ff.

Dohna, Graf zu, Recht und Irrtum, 1924.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 1925.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl., 1925.

Gerland, Grundfragen des Strafrechts, 1918.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922.

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, Z. St. W. 36, (1914), S. 19 ff., 184 ff.

Heims, Zur Lehre vom Schuldbegriff, Z. St. W. 40, S. 580 ff., S. 743 ff., 41, S. 74 ff.

Heinemann, Die Binding'sche Schuldlehre, Abhandlungen des kriminalistischen Seminars zu Marburg, Band 1, 1889.

v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band III, 1908, S. 373 ff.

v. Hippel, Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, 1924.

Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum, Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Beling, Heft 30.

Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, Berliner Diss. 1897.

Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904.

Köhler, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917.

Köhler, Leitfaden des deutschen Strafrechts, 1912.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, 1903.

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900.

Liepmann, Gedanken über den Rechtsirrtum im Strafrecht, Z. St. W. 38, S. 21 ff.; 39, S. 115 ff.; S. 379 ff.; S. 525 ff.

Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 24. Aufl. 1922.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, II. Teil, Das materielle Strafrecht, 1912.

Mayer, M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts 1915.

Mittermaier, Ueber den Begriff „Verbrechen", Z. St. W. 44, S. 1 ff.

Oetker, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1876.

Rümelin, Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, 1909.

Rümelin, Ueber den Rechtswidrigkeitsirrtum, Z. St. W. 41 (1920), S. 495 ff.

Schmidt, Rich., Grundriß des deutschen Strafrechts, 1925.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.

Die meist zitierten Schriften sind gewöhnlich nur mit den Anfangsworten oder dem Stichwort des Titels bezeichnet. Besondere Abkürzungen:

L. v. V. wird mehrfach Beling, Lehre vom Verbrechen, zitiert.

Lpz. Komm. — Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 1925.

„Reform" 1910 — Reform des Strafgesetzbuches, 1910, herausgegeben von Aschrott-Kohlrausch.

„Reform" 1926 — Reform des Strafrechts 1926, herausgegeben von Aschrott-Liszt.

VD. — Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.

Allgemeines.

§ 1. Das Problem und die besonderen Absichten dieser Arbeit.

Die Nation, die Gesellschaft regelt die gemeinschaftliche Existenz ihrer Mitglieder durch das Recht, in besonderer Form durch das Strafrecht. Dieses enthält Sanktionen für Befehle an alle verantwortlichen Mitglieder der Gemeinschaft, bestimmte Handlungen zu tun und andere zu unterlassen.

In einfachen Zuständen und unter Menschen von primitiver Sicherheit des sozialen Instinkts wird es kaum vorkommen, daß einmal ein Mitglied der Gemeinschaft von einem solchen Befehle nichts weiß. Die in solchen Zeiten noch bestehende Einheit von religiösen, moralischen und rechtlichen Vorstellungen bietet in Verbindung mit der geringen Zahl und Einfachheit der Vorschriften eine sichere Gewähr für deren vollständige Kenntnis seitens aller Volksgenossen.

Sobald aber der Kulturzustand sich weiter entwickelt, differenziert, ist eine solche unbedingte Gewißheit der Normenkenntnis nicht mehr vorhanden. Es taucht die Frage auf: Was hat zu geschehen, wenn einmal ein einzelner Volksgenosse einen solchen Befehl nicht vernommen, von seiner Pflicht nichts gewußt hat? Zeigt er sich gerade durch diese seine Unkenntnis als ein untaugliches und strafwürdiges Mitglied der Gemeinschaft oder verdient nur der wissentlich Ungehorsame Strafe?

Dies ist unser Problem. Es besteht, solange es Kulturgemeinschaften gibt, die jenen ersten, primitiven Zustand überwunden haben. Es ist bald in diesem und bald in jenem Sinne entschieden worden, je nachdem es dem betreffenden Volke in dieser oder jener Zeit der Billigkeit oder dem praktischen Bedürfnis zu entsprechen schien. Um eine systematische Erkenntnis dieser Frage wie um eine systematische Wissenschaft des Strafrechts überhaupt begann man sich im großen und ganzen erst in unseren Tagen zu bemühen, und dies vornehmlich hier in Deutschland, unter dem am stärksten unter allen zur Systematik neigenden Volke.

Hier wurde das allgemeine Interesse für die Frage noch besonders angefacht durch den Umstand, daß es durchaus nicht gelang, den gewöhnlichen Tatirrtum von jenem Irrtum über die Pflicht befriedigend und sicher abzugrenzen. Eine eigentümliche, in ihren Beweggründen nicht recht klare Rechtsprechung forderte zum

Widerspruche heraus. Keine literarische Bearbeitung vermochte aber ein brauchbareres, schärferes, mehr überzeugendes Prinzip zur Unterscheidung jener Irrtümer anzugeben. Die Schwierigkeit und Verworrenheit dieser Situation spornte den wissenschaftlichen Forschungstrieb und Ehrgeiz an, mit dem Erfolge, daß die Zahl der Untersuchungen, welche das Problem erfahren hat, schon fast unübersehbar ist.

Da ist die Frage berechtigt: Welchen Sinn und Zweck hat es, diesen Berg Druckpapiers noch um einige Dutzend Blatt zu vermehren, schon hundertmal Abgehandeltes zum hundert und ersten Male zu erörtern? Dies wäre freilich ein höchst überflüssiges Beginnen, wenn es sich nur darum handelte, noch eine neue Nüance schon bekannter Ansichten aufzustöbern, den üblichen „bescheidenen Beitrag" zur in absehbarer oder auch unabsehbarer Zeit einmal endgültig erfolgenden Erkenntnis des Problems zu liefern. Durch solche „bescheidenen Beiträge" ist die Wissenschaft nie ernsthaft gefördert worden. Aber die vorliegende Arbeit beansprucht, mehr zu sein.

Mehr als eine bloße Hervorkehrung neuer Nüancen wäre gar nicht möglich, wenn die Diskussion des Problems bereits zu einer Klärung und Uebereinstimmung der Meinungen in den grundlegenden Punkten, zur Herausarbeitung gewisser, als objektiv richtig einleuchtender Grundlinien geführt hätte. Aber das Gegenteil ist der Fall. Mit kaum einer Ausnahme zerfallen alle bisherigen, theoretisch fundierten, nicht nur mit Gründen praktischer Zweckmäßigkeit gestützten Ansichten in schroffem Widerspruch in zwei Gruppen: Die eine (subjektive Theorie) verlangt zur Bestrafung, daß der Täter die Pflicht, gegen die er verstieß, entweder als Rechtspflicht oder doch wenigstens als sittliche Pflicht kannte, die andere (objektive Theorie) begnügt sich mit der Kenntnis der äußeren Tatumstände und fordert für die Normwidrigkeit eine rein objektive Beurteilung oder doch höchstens — der Unterschied ist ziemlich bedeutungslos — die Möglichkeit der Pflichtkenntnis.

Dabei liegt der Fall keineswegs so, daß es, wie etwa bei den Versuchstheorien, mehrere objektiv gleich richtige, prinzipiell entgegengesetzte Meinungen geben kann. Für die Stellungnahme zur Versuchslehre kommt es auf den Standpunkt an, ob man den Sinn der Strafe in der Bestrafung bösen Willens oder bösen Tuns sieht. Für die Beurteilung des Irrtums über die Normwidrigkeit aber ist der Standpunkt klar und eindeutig gegeben: Die Erörterung muß abgestellt werden auf die Strafwürdigkeit der in Unkenntnis der Pflicht begangenen Tat. Die Strafwürdigkeit aber entspricht dem Grade des Verschuldens. Man mag aus praktischen Gründen ein Abgehen vom Verschuldensprinzip befürworten, — die theoretische Untersuchung, die sich davon entfernt, widerlegt sich damit selbst. Aber, mit nur einer Ausnahme, dachte keine Erörterung daran, das

Verschuldensprinzip fallen zu lassen; vielmehr suchte die subjektive Theorie der objektiven nachzuweisen, daß diese strafe, wo nach dem Verschuldensprinzip Straffreiheit eintreten müsse, und umgekehrt diese jene zu widerlegen durch den Nachweis, daß die subjektive Theorie schuldhafte und strafwürdige Handlungen straffrei lasse. Beide Theorien aber behaupten, ganz und gar dem Verschuldensprinzip zu entsprechen.

Diese Ansprüche beider könnten nur dann gleichzeitig gerechtfertigt sein, wenn man unter „Verschulden" je nach der prinzipiellen Auffassung Verschiedenes verstehen könnte. Dies ist aber nicht möglich. Ein unmittelbares Gefühl sagt uns das. Das Vorliegen von Verschulden ist für unsere Empfindung etwas sehr Reales, Wirkliches und Eindeutiges. Diese natürliche Empfindung ist bei den geistig und sittlich normal entwickelten Angehörigen eines Kulturkreises ziemlich gleich. Wann also in einem konkreten Falle Verschulden vorhanden ist und wann nicht, darüber muß sich im großen und ganzen Einigkeit erzielen lassen. Wenn die subjektive wie die objektive Theorie beide behaupten, nur und zwar vollständig die Fälle des strafwürdigen Verschuldens zu erfassen, so muß sich mit wenigstens in den Grundzügen jeden Zweifel ausschließender, objektiver Gewißheit feststellen lassen, welcher von beiden Ansprüchen berechtigt oder ob sie beide unbegründet sind. Das heißt, solange die beiden Theorien sich in unversöhntem Gegensatz bekämpfen, ist die Aufgabe der Wissenschaft noch nicht erfüllt, der entscheidende Gesichtspunkt noch aufzufinden.

Indem mir dies klar wurde, leuchtete mir auch ein, daß, wenn beide Theorien den Anspruch erhoben, dem Verschuldensprinzip zu entsprechen, dies nur darin seinen Grund haben konnte, daß jede der beiden Ansichten einseitig einen bestimmten Komplex von Fällen betrachtete und aus ihm verallgemeinernde Schlüsse zog. Denn bei der Sicherheit unserer natürlichen Empfindung dem konkreten Falle gegenüber erschien es ausgeschlossen, daß eine der beiden Theorien die Beispiele, welche sie wählte, durchweg falsch beurteilte und Verschulden (bezw. Schuldlosigkeit) da annahm, wo trotz Normunkenntnis (bezw. Kenntnis) solches nicht vorhanden war.

Die Vermutung bestätigte sich: Die von beiden Theorien für ihre Tnese angeführten Beispiele sind völlig einseitig bei der objektiven Theorie Delikte von stark ethischer Färbung, bei der subjektiven Verwaltungsdelikte, zu einem kleineren Teile verwenden beide als Beispiele Delikte aus einer gewissen Mittelgruppe. Der auffallenden Erscheinung galt es nachzugehen. — Dabei stellte es sich bald heraus, daß die junge Strafrechtswissenschaft noch nicht zur systematischen Induktion gelangt ist. An dieser pflegt es in jungen wissenschaftlichen Disziplinen gewöhnlich zu fehlen. Schon Bacon von Verulam, der Begründer der abendländischen Wissenschaftslehre, hat sie aber als die unerläßliche methodische Grund-

lage über bloße tastende Disputation hinausgehender, strenger Wissenschaft bezeichnet.

Die subjektive Theorie faßt das Delikt als Ungehorsam auf, für die objektive Theorie ist es „an sich pflichtwidrig". Es läßt sich nachweisen, daß beide Auffassungen gleichermaßen einseitige, in unzulässiger Weise verallgemeinernde Abstraktionen aus nur je einem Teile der möglichen Deliktsfälle darstellen, beide den Fällen, für welche sie nicht gedacht sind, auch in keiner Weise gerecht werden und zu einem engen, flachen und gefährlich wirklichkeitsfremden Schuldbegriff führen. Auf der Suche nach einem Schuldvorwurf, welcher allen Delikten gerecht wird, gelangt man über derartige hölzerne Formeln hinaus zu dem transzendentalen Prinzip, welches allein die Grundlage aller sittlichen wie rechtlichen Verschuldung bildet. Dieses Wesen aller Schuld besteht in der Erhebung der subjektiven Willkür über den allgemeinen Willen, über das Nicht-Ich, das Objektive oder wie man es sonst nennen mag. Dieses transzendentale, nicht weiter abzuleitende, durch sich selbst gewisse Prinzip zeigt aber in seiner Erscheinung bei den Delikten eine dreifach verschiedene Abwandlung. Bei einem Teil der Delikte wird es schon durch den äußeren Hergang verwirklicht, bei einem anderen Teil tritt die Verschuldung erst mit der Kenntnis der Pflicht ein, bei einer Mittelgruppe ist sie bei fehlender Pflichtkenntnis gemildert. Dies ist der Kern der Theorie von den drei Klassen der Delikte, welche in dieser Arbeit der subjektiven und der objektiven Theorie als sie beide umfassend und ihre Einseitigkeiten vermeidend entgegengesetzt wird.

Es wird sich zeigen, daß diese Theorie im Großen und Ganzen dem entspricht, was instinktiv — ohne zulängliche theoretische Begründung — die große Mehrzahl der Kritiker bei der Diskussion über das künftige Gesetz als das Wünschenswerteste empfunden haben, und was nach dem jetzigen Stande der Beratungen im Reichstag wohl auch Gesetz werden wird.

Freilich bestehen gegen ein Gesetz, das auch nur teilweise den Irrtum über die Pflicht besonders behandelt, starke Bedenken, solange nicht eine brauchbare Methode zur Scheidung der Irrtumsarten nachgewiesen ist.

Man hat sich bisher, wie gesagt, um diese Methode so oft wie vergeblich bemüht. Schließlich machte man aus der Not eine Tugend, behauptete, daß die genaue Scheidung der Irrtümer „begrifflich unmöglich" sei, und bemühte sich sogar, diese Behauptung zu beweisen. Es macht keine großen Schwierigkeiten, diesen angeblichen Beweis als einen Trugschluß zu entlarven. Das Problem besteht in einer Abgrenzung von Begriffen; eine solche ist theoretisch immer möglich; von der begrifflichen Unmöglichkeit einer Begriffsabgrenzung ist ernsthaft gar nicht zu reden. Wenn man die abzugrenzenden Begriffe sich klar und richtig vorstellt, kann ihre

Scheidung auch nicht im geringsten schwierig sein. Gelingt eine solche Scheidung also einmal nicht recht, so kann das nur daran liegen, daß man die abzugrenzenden Begriffe irgendwie falsch aufgefaßt hat.

So ist es auch in diesem Falle der Abgrenzung der Irrtumsarten gewesen. Die ganze Verwirrung und Schwierigkeit rührt daher, daß man von den Irrtümern, welche man scheiden wollte, eine falsche Vorstellung hatte. Die Irrtümer, um deren Scheidung man sich bemühte, waren nämlich keineswegs die Irrtümer, um deren Scheidung man sich hätte bemühen sollen, der Irrtum über die „Tat" und der über die Rechtsfolgen, das Verbotensein. Vielmehr stellte man dem Tatirrtum den „Rechtsirrtum", jeden denkbaren juristischen Fehlschluß schlechthin entgegen. Freilich versuchte niemand diesen ganz unmöglichen Gegensatz ernsthaft durchzuführen, sondern man suchte nach diesem anfänglichen Fehler durchweg, indem man einen großen Teil der „Rechtsirrtümer" dem Tatirrtum gleichstellte, eine Annäherung an den Gegensatz der richtigen Begriffe der Irrtümer über die Tat und über die Rechtsfolgen. Aber — was bisher nicht bemerkt worden ist, man konnte nach jenem ersten Fehler durch keine nachträgliche Korrektur mehr zu den richtigen Begriffen zurückfinden; denn infolge jenes Fehlers war und blieb der Begriff des Tatirrtums verflacht und entstellt, was auf den Begriff des Irrtums über die Rechtsfolgen natürlich zurückwirken mußte. Jener Fehler aber geht zurück auf die verkehrte Anschauung der Sonderstellung alles Rechtlichen schlechthin, eine Vorstellung, welche anzeigt, daß das junge Strafrecht sich seiner scharf ausgeprägten Eigenart gegenüber den übrigen Rechtsdisziplinen noch nicht recht bewußt geworden ist. Die weitreichenden und verhängnisvollen, sogar schon auf die allgemeine Lehre vom Verbrechen einen zersetzenden Einfluß ausübenden Konsequenzen dieser Anschauung weise ich im ganzen Umfange nach.

Haben wir aber nach Ausmerzung jenes Fehlers den richtigen Begriff des Tatirrtums und Verbotsirrtums entwickelt, so ergibt sich die Abgrenzung der Irrtumsarten ganz von selbst, ergibt sich auch, weshalb eine Wissenschaft und Praxis, welche in jenem Fehler befangen war, nie zur richtigen Abgrenzung gelangen konnte.

Die Herausarbeitung des legislatorisch Angemessenen und der Nachweis der richtigen Scheidung der Irrtümer sind zwei sachlich völlig getrennte Aufgaben. Beide Erörterungen wurden bisher meist zu ihrem gegenseitigen Schaden mehr oder weniger eng verquickt. Die vorliegende Arbeit führt die Untersuchung streng gesondert und zwar nimmt die Erörterung der Frage der Irrtumsabgrenzung den weit größeren Raum ein. Damit bringt die Arbeit die erste eingehende Spezialuntersuchung dieses Problems, welches allerdings schwierig genug ist, um in bloß beiläufiger Behandlung nicht gelöst werden zu können. Die heftige Polemik der Literatur gegen das

Reichsgericht wird einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen sein. — Es wird sich zeigen, daß sämtliche prinzipiellen Angriffe, weil in der gleichen falschen Anschauung wie das Reichsgericht befangen, am Wesentlichen vorbeigehen und meist völlig unbegründet sind. Der Sonderfall des Irrtums über Rechtfertigungsgründe war stets in besonderem Maße eine Quelle der Fehler und Mißverständnisse. Diese müssen ans Licht gezogen und die wahre Natur dieses Irrtums muß außer Zweifel gestellt werden. Nirgends darf sich die Untersuchung, wie dies bisher so häufig geschehen ist, mit ungeprüften Voraussetzungen zufrieden geben. Denn diese Voraussetzungen, die allgemeinsten Grundlagen der Irrtums- und allgemeinen Verbrechenslehre sind teilweise noch gar nicht klargestellt, teilweise erst wieder von den verdunkelnden Wirkungen jener falschen Grundanschauungen zu befreien. Die endgültige kritische Auseinandersetzung mit der verflossenen Judikatur erfordert eine Darstellung wenigstens ihrer Grundzüge. Dies sind eine ganze Reihe beträchtlicher Aufgaben, welche den Umfang der Untersuchung rechtfertigen.

§ 2. Das voraussichtliche künftige Strafgesetz.

Der Reichsrat und ihm folgend der Rechtsausschuß des Reichstags haben bei der Beratung der Regelung des Verbotsirrtums im künftigen Strafgesetz den Standpunkt des Entwurfs von 1925, der den Verbotsirrtum dem Tatirrtum gleichstellte, fallen gelassen und sind im Wesentlichen zu der Regelung des Entwurfs von 1919 zurückgekehrt, d. h. es soll bei Verbotsirrtum eine gemilderte Strafe eintreten.

Es ist kaum anzunehmen, daß der Reichstag bei der endgültigen Beschlußfassung von der Auffassung des Rechtsausschusses erheblich abweichen wird. Deutlich läßt sich beobachten, daß die allgemeine Meinung einem Kompromiß zustrebt, wie ihn der Entwurf des Rechtsausschusses darstellt. Daß das künftige Gesetz die bisherige rein objektive Beurteilung der Normwidrigkeit des Vorsatzes beibehalten wird, ist wohl gänzlich ausgeschlossen, wenigstens unter der Voraussetzung, daß das Abstimmungsergebnis im Reichstag einigermaßen der Entwicklung entspricht, die die wissenschaftliche Diskussion des Problems in den letzten dreißig Jahren genommen hat. Diese Entwicklung ging dahin, daß die Stimmen, die die bisherige gesetzliche Regelung verteidigten, immer seltener und ihre einzelnen Aeußerungen, wie sich deutlich verfolgen läßt, immer bedenklicher wurden. Auf der anderen Seite sah man die Anhänger einer subjektiven, vom Täter aus vorzunehmenden Beurteilung in ununterbrochenem Vordringen.

Dennoch war mit der Kompromißlösung des Entwurfs von 1919 dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden Genüge geschehen. Wenn später der Entwurf von 1925 sich völlig auf den Boden der subjektiven Theorie stellte, so hatte das nur darin seinen Grund, daß man bemerkte, die Notwendigkeit der Scheidung zwischen Tat- und sogen. Rechtsirrtum war mit der Lösung des Entwurfs von 1919 keineswegs beseitigt[1]). In dieser Scheidung aber sah man nach den Erfahrungen der bisherigen Judikatur eine unlösbare Schwierigkeit. Man glaubte daher, durch einen „Gewaltakt des Gesetzgebers“ [2]), den Knoten durchhauen zu sollen.

Als ein Gewaltakt, dem die Lösung von 1919 sachlich vorzuziehen war, wurde der Entwurf von 1925 auch meistens empfunden, wie ein Ueberblick über die Besprechungen zeigt, die der Entwurf gefunden hat.

Mir liegen 15 Besprechungen des Entwurfs vor. Davon scheidet eine, die von Bumke[3]), als nur referierend aus. Drei Schrift-

---

[1]) s. Dohna „Recht und Irrtum“ S. 19.

[2]) Lilienthal, „Der neue Entwurf eines Strafgesetzbuches“ Asch, Mon. Schr., Ig. 16, S. 117

[3]) DJZ, 30, S. 23 f.

steller sprechen sich entschieden gegen den Entwurf und für den objektiven Standpunkt aus [1]). Mit restloser Freude begrüßt die Lösung des Entwurfs nur ein einziger Autor [2]). Sechs Ansichten tadeln an dem Entwurf namentlich, daß er der sogen. Rechtsfahrlässigkeit nicht gerecht werde [3]). Traeger entscheidet sich für den Entwurf, nicht, weil er dessen Lösung für die sachlich angemessenste hält, sondern weil er von der Voraussetzung aus, „daß sich die Irrtumsfälle letzten Endes nicht scheiden lassen", zu dem Ergebnis kommt: es „bliebe kein anderer Weg für die Regelung der Irrtumsfälle, als der vom Entwurf in § 13 eingeschlagene" [4]). Alsberg [5]) erwähnt die Frage der Rechtsfahrlässigkeit nicht; seine Ausführungen lassen aber keinen Zweifel, daß er die Behandlung der Irrtumsfrage als eine notgedrungene, keineswegs befriedigende Verlegenheitslösung ansieht. Kohlrausch [6]) meint trotz der klar aus der Begründung hervorgehenden, im Gesetzestext allerdings nicht unmißverständlichen Absicht der Redaktoren, daß der Entwurf nur die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz erfordere [7]). Die von ihm so verstandene Lösung scheint er zu billigen. Damit hat er sich jedenfalls für eine, sogar besonders weitgehende Sonderbehandlung der Rechtsfahrlässigkeit entschieden. Mittermaier's [8]) kritisches und polemisches Interesse endlich geht nach anderen Richtungen; sein Standpunkt muß als zweifelhaft bezeichnet werden.

Von 14 Autoren sehen also mindestens 12 den Standpunkt des Entwurfs im günstigsten Falle als die radikale und gewaltsame Befreiung aus einer Notlage an, aus der es einen anderen Ausweg nicht gab, und zöge die große Mehrheit sachlich zum mindesten die Lösung des Entwurfs von 1919 vor. Und zwar nähmen die meisten die Notwendigkeit, weiter zwischen den Irrtumsarten einen Unterschied machen zu müssen, lieber in Kauf, als daß sie die „Rechtsfahrlässigkeit" straflos ließen.

Wenn jene technisch-juristische Schwierigkeit aber sogar die Mehrzahl der Juristen nicht abzuschrecken vermag, so wird man umso weniger erwarten können, daß sie die Entschließungen des Reichstags beeinflussen wird, und daher können wir m. E. durchaus

---

[1]) Liepmann, Frankf. Ztg. 1925 Nr. 167; Rich. Schmidt, „Grundriß" 1925 Anhang S. 9 f; Wachenfeld. Arch. f. Strafrecht und Strafprozeß 69, S. 260 ff.

[2]) Gerland „Der Entwurf 1925" S. 33 f. G. ist aber einverstanden, nur unter der falschen Voraussetzung, daß der Entwurf das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz verlange.

[3]) Ebermayer, L. Z. 19, S. 173 f.; Gleispach, Asch. Mon.-Schr. Jg. 16, S. 234; Lilienthal aaO.; Mezger, Z. St. W. 47, S. 477; Wach, DJZ. 30, S. 534 — für diesen bedeutet ein Standpunkt, wie etwa der des Entwurfs von 1919, die äußerste Konzession —; Weber, L. Z. 19, S. 1303.

[4]) G. S. 92, S. 334.

[5]) Reform 1926 S. 57 ff.

[6]) Reform 1926 S. 23 ff.

[7]) Vergl. gegen ihn Träger aaO. S. 333; Mezger aaO. S. 476.

[8]) Asch. Mon.-Schr. Jg. 17, S. 341 ff.

damit rechnen, daß das künftige Strafgesetz sich von der im Rechtsausschuß beschlossenen Regelung nicht erheblich unterscheiden wird.

Damit wird aber für die Praxis auch in Zukunft die Notwendigkeit bestehen, zwischen Tatirrtum und Verbotsirrtum zu unterscheiden. Wenn diese Scheidung auch künftig nicht gelingen sollte, so würden die Ergebnisse der bevorstehenden gesetzlichen Regelung zweifellos äußerst unbefriedigend ausfallen [1]). Wer also glaubt, daß sich ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem bisherigen Zustand, dessen Unhaltbarkeit fast niemand bestreitet, überhaupt erzielen läßt, der muß schon die Möglichkeit einer klaren und scharfen Scheidung zwischen den Irrtümern nachweisen.

§ 3. „Das begrifflich unlösbare Problem".

Nun ist es heute schon dahin gekommen, daß, wer sich noch um eine solche exakte Scheidung bemüht, Gefahr läuft, mitleidig belächelt und schon um dieser Bemühung willen für einen wissenschaftlichen Pfuscher gehalten zu werden, — wie ein Mathematiker, der sich vermißt, die Quadratur des Zirkels zu entdecken, oder ein Physiker, der auf die Erfindung des perpetuum mobile ausgeht.

Soweit die Möglichkeit einer Scheidung zwischen Tatirrtum und „Rechtsirrtum" schlechthin bestritten wird, interessiert uns das an dieser Stelle nicht. Denn dieser Gegensatz ist zwar wohl theoretisch durchzuführen, aber praktisch wirklich unhaltbar [2]). Wir haben uns hier zu befassen nur mit der Ansicht, daß auch der Irrtum über den Tatbestand und der Irrtum über die Rechtsfolgen nicht — oder wenigstens nicht restlos — zu trennen seien. Diese Ansicht ist dadurch charakteristisch, daß ihre Begründung jedes Mal mit fast denselben Worten vorgebracht wird. Traeger [3]) zitiert Graf zu Dohna [4]): Die Irrtumsfälle ließen sich „letzten Endes" nicht unterscheiden, weil „Tatbestand und Verbot reziproke Begriffe sind und ein Irrtum über das eine ebenso als Irrtum über das andere aufgefaßt werden kann". Graf zu Dohna [5]) zitiert Kohlrausch [6]): „Restlos" könnten wir das Problem nicht lösen, denn alle unsere Bemühungen „beruhen auf der Voraussetzung, daß man einen Irrtum über den Tatbestand und über die Rechtsfolgen scheiden könne. Diese Voraussetzung ist unrichtig, denn beide Begriffe sind formale, wechselseitig bedingte." Das eine Mal heißt es „formal, wechselseitig bedingt" und „restlos", das andere Mal „reziprok"

---

[1]) Wenn auch allerdings die Konsequenzen der Scheidung zwischen den Irrtümern künftig infolge der milderen Bestrafung bei Verbotsirrtum abgeschwächt wären.

[2]) Näheres vgl. in den §§ 15 und 16.

[3]) aaO.

[4]) Recht und Irrtum S. 26.

[5]) aaO. S. 27.

[6]) Irrtum, S. 185.

und „letzten Endes". Dargetan werden soll, daß jene Scheidung zwischen den Irrtümern zu den Problemen gehört, „deren Lösung begrifflich unmöglich ist".[1]) Diese Ueberzeugung hat sich dann auch mehr und mehr verbreitet. Lilienthal[2]) meint, daß „die Irrtumsfrage restlos befriedigend gar nicht gelöst werden kann". Baumgarten[3]) nimmt die Erfahrungen mit dem Irrtumsproblem gar zum Anlaß, allgemein an der Fähigkeit unseres Verstandes zu zweifeln, „das Bedürfnis nach präzisen Rechtsbegriffen in allen Fällen zu befriedigen".

Also wirklich eine Art juristischer Quadratur des Zirkels? Das dürfte die wissenschaftlichen Vertreter der Logik interessieren. Denn in dieser Wissenschaft war bisher nichts davon bekannt, daß der Verstand auf dem ihm eigensten Gebiete der Begriffsbildung und Begriffsabgrenzung in manchen Fällen notwendig versagen müsse, in Fällen „reziproker", d. i. wechselbezüglicher Begriffe, einer der Logik, die nur von Wechsel-, d. h. auswechselbaren Begriffen weiß, bis jetzt ganz unbekannten Kategorie. Bisher kannte die Logik nur Begriffe, deren Verhältnis zueinander sich durch Kreise (konzentrische, sich schneidende Kreise, zwei kleinere Kreise innerhalb eines größeren usw.) darstellen läßt[4]). Durch welche Figuren will man dann „reziproke" Begriffe darstellen? Schopenhauer[5]) meint, das Wort „Wechselwirkungen" könne der „Leser als eine Art Alarmkanone betrachten, welche anzeigt, daß man ins Bodenlose geraten sei". Sollte uns nicht „wechselseitig bedingt" zu ähnlicher Vorsicht mahnen?

Die Reziprozität der Begriffe „Tatbestand" und „Verbot" äußert sich nach der zitierten Behauptung Dohna's darin, daß „der Irrtum über das eine ebensogut als Irrtum über das andere aufgefaßt werden kann". Stimmt diese Behauptung, so müssen wenigstens nach den Regeln der überlieferten Logik beide Begriffe identisch sein[6]). Aber die Ansicht ist falsch. Sie führt zurück auf den entscheidenden Fehlschluß Kohlrausch's, der ihn verhinderte, von seinen erfolgreichen kritischen Bemühungen aus zu konstruktiven Ergebnissen fortzuschreiten. — Kohlrausch gebraucht[7]), ohne den Unterschied zu bemerken, den Ausdruck „Tatbestand" bald in der Bedeutung „faktischer", bald „gesetzlicher" Tatbestand[8]). „Der Fleischbeschauer, der sich nicht für einen „Beamten" hält, der Vater, der seinen ausgehobenen, aber noch nicht

[1]) Kohlrausch „Reform" 1910, S. 220.
[2]) aaO.
[3]) Wissenschaft vom Recht Bd. II (1922) S. 390.
[4]) Vgl. Schopenhauer W. als W. u. V. Bd. 1, § 9.
[5]) Satz vom Grunde, Kap. IV § 20, Reclam, Werke Bd. 3, S. 56.
[6]) Vgl. „Satz vom Grunde" § 48: „Eine Reciprokation nach dem Satze vom Grunde des Erkennens könnte nur bei Wechselbegriffen stattfinden; indem nur die Sphären dieser sich gegenseitig decken."
[7]) Irrtum S. 182, 184.
[8]) Mit diesem Fehler steht er übrigens nicht allein da; vgl. z. B. Liszt § 41 III und dagegen Mittermaier Z. St. W. 44, S. 9.

eingestellten Sohn nicht für einen „Soldat" hält"[1]), sie irren, wie unten noch näher gezeigt werden wird[2]), entweder, z. B. wenn die tatsächliche Vorstellung einer vorhandenen öffentlichen Verpflichtung ihnen offensichtlich fehlt, über den faktischen Tatbestand oder, wenn sie diese Vorstellung der öffentlichen Verpflichtung haben, aber zur Erfüllung des gesetzlichen Begriffs des „Soldaten" noch z. B. die Formalität der Vereidigung für erforderlich halten, über den gesetzlichen Tatbestand. Kohlrausch aber sagt schlechthin: „Sie irren über ein Merkmal des Tatbestandes und eben damit der Strafbarkeit ihrer konkreten Handlung", und will damit bewiesen haben, eben daß der Irrtum über den Tatbestand und der Irrtum über das Verbot sich nicht trennen lassen; — der Irrtum über den gesetzlichen Tatbestand und über das Verbot allerdings nicht, denn beide Begriffe sind identisch, der Irrtum über den faktischen Tatbestand und das Verbot aber um so deutlicher, denn beide Begriffe sind entgegengesetzt. Die Gegenüberstellung „Irrtum über den faktischen Tatbestand und Irrtum über den gesetzlichen Tatbestand" kann sogar m. E. als die beste, weil unmißverständlichste Bezeichnung jenes Gegensatzes von Tat- und Verbotsirrtum angesehen werden. Daß dieser begrifflichen Scheidung aber der gleiche Unterschied in der Wirklichkeit entspricht, daß sie nicht bloß die verschiedene Bezeichnung eines tatsächlich Identischen darstellt, wird wohl niemand bezweifeln können. Man kann (wie z. B. Binding) den Unterschied für unwesentlich halten, aber man kann nicht bestreiten, daß der Irrtum, je nachdem er sich auf die Wirklichkeit bezieht, welche die Strafnorm erfassen will oder auf diese Strafnorm selbst, verschiedene Objekte betrifft. Ist das aber so, dann kann man nur durch eine solche Begriffsverwechselung, wie sie Kohlrausch unterlaufen ist, dahin kommen, zu behaupten, daß der Irrtum über das eine Objekt ebensogut als Irrtum über das andere Objekt aufgefaßt werden könne.

Kann aber eine „Reziprozität" der Begriffe mit der Wirkung ihrer nicht restlosen Trennbarkeit sonst irgend gedacht werden? Schon die Uebersetzung dieser Frage in eine normale logische Formulierung ergibt eine völlige Sinnwidrigkeit. Da doch die Begriffe nichts unabänderlich Gegebenes darstellen, sondern wir sie nach den Objekten beliebig modeln können, bedeutet die Frage: Können zwei verschiedene Gruppen von Objekten[3]) der Vorstellung in einem solchen Zusammenhang miteinander stehen, daß wir die Begriffe, die wir von ihnen bilden, nicht gegeneinander abzugrenzen vermögen und im einzelnen Falle nicht wissen können, unter welchen von beiden Begriffen wir das einzelne Objekt subsumieren

[1]) Kohlrausch aaO. S. 184.

[2]) Die Ausführungen an dieser Stelle können nur ein oberflächlicher, bruchstückhafter Umriß sein.

[3]) Im weitesten Sinne, auch Bewußtseinsvorgänge umfassend.

dürfen, und zwar, obwohl wir von den Objekten vollständige Kenntnis haben, d. h. unsere Begriffe von ihnen vollständig sind?

Die Frage ist offenbar widersinnig. Wenn mir die Begriffe zweier verschiedener Objekte in allen Merkmalen bekannt sind, so kenne ich eben damit auch das Verhältnis der Begriffe zueinander, d. h. ich kann angeben, welche Merkmale identisch sind und zu einem gemeinsamen Oberbegriff führen und welche Merkmale verschieden sind, und ferner weiß ich auch, unter welchen von beiden Begriffen — wenn überhaupt — ein einzelnes Objekt, dessen Merkmale ich kenne, zu subsumieren ist, da ich ja dann eben die Identität oder Verschiedenheit der einzelnen Merkmale von Begriff und Objekt beurteilen kann[1]). Und zwar gibt es da auch keinen „Rest", der sich der Beurteilung entzieht; ein Problem ist lösbar oder nicht; daß man von einem „nicht restlos lösbaren Problem" sprach, ist nur ein Beweis dafür, wie weit man von einer scharfen Prüfung der Sachlage entfernt war; soweit wir Merkmale der Begriffe angeben können, soweit können wir auch jene Abgrenzung und Subsumption vornehmen.

Wenn wir also zu einer solchen Subsumption im Einzelfalle nicht imstande sind, so kann das nur daran liegen, daß wir die wesentlichen unterscheidenden Merkmale (Kriterien) der fraglichen Begriffe oder des zu subsumierenden Objekts oder beider nicht oder nicht vollständig genug erkannt haben. Ist aber eine solche Beschaffenheit von Gruppen von Objekten denkbar, daß wir für ihre Verschiedenheit, die wir bemerken, mit begrifflicher Notwendigkeit keine Kriterien angeben können? Diese Frage ist ebenfalls widersinnig; denn aus der Natur des Verstandes folgt mit apriorischer Gewißheit, daß wir für all das, was Inhalt unserer Vorstellung und mithin dem Satze vom Grunde unterworfen ist[2]), auch Begriffe bilden können. Ist also jene Verschiedenheit Inhalt unserer Vorstellung (bemerken wir sie), so müssen wir sie auch begrifflich, d. h. in ihren einzelnen Kriterien festlegen können. „Begrifflich unabgrenzbare Begriffe, unter die eine Subsumption der einzelnen Objekte nicht in allen Fällen erfolgen kann" — und das bedeutet, wie dargetan, „nicht restlos lösbares Problem" in unserem Falle — bedeuten einen Widerspruch in sich selbst.

Positiv gewendet folgt für unser Problem: Da die Verschiedenheit der Objekte der unterschiedenen beiden Irrtumsgruppen feststeht, so muß es mit begrifflicher Notwendigkeit genaue Kriterien für die Abgrenzung ihrer Begriffe und die Subsumption unter diese in allen einzelnen Fällen geben und müssen diese Kriterien gefunden werden können.

---

[1]) Kenne ich sämtliche Merkmale des Begriffs „Bernhardiner" und des Begriffs „Leonhardiner" und ist mir die äußere Beschaffenheit eines bestimmten Hundes vollständig bekannt, so kann ich mit Gewißheit angeben, ob er ein B. oder ein L. ist.

[2]) Vgl. Schopenhauer „Satz vom Grunde" § 16.

§ 4. Ist der erste Teil dieser Abhandlung bereits überholt?

Diese Arbeit wurde im Wesentlichen bereits im Februar 1927 fertiggestellt. Sie bekämpft in ihrem ersten Teile noch die Regelung des Entwurfs von 1925 und stellt ihr einen eigenen Gesetzesvorschlag entgegen. Inzwischen sind die Beratungen im Reichstag schon so weit vorgeschritten, daß niemand mehr hoffen kann, daß private Gesetzesvorschläge hinsichtlich der Behandlung des Verbotsirrtums bei der bevorstehenden Strafgesetzgebung noch Berücksichtigung finden. Es fragt sich daher, ob die vorliegende Untersuchung nicht insoweit überholt ist.

Das ist sicher nicht der Fall. Wenn sie sich auch nicht mehr an den Gesetzgeber wendet, so beansprucht sie doch weiter praktische Bedeutung. Ob nun bei allen Verbotsirrtümern schlechthin künftig Strafmilderung eintritt oder nur bei schuldhaftem Verbotsirrtum, bei schuldlosem dagegen Straffreiheit, in beiden Fällen muß der Richter den Grad der Schuldhaftigkeit des jeweiligen Verbotsirrtums beurteilen, im einen Fall nur bei der Strafzumessung, im andern auch bei der Rechtsauslegung. Auf Grund welcher Maßstäbe aber die Schuldhaftigkeit von Verbotsirrtümern, richtiger die Schuldhaftigkeit von in Unkenntnis der Verbotenheit begangenen Taten zu beurteilen ist, darüber fehlt noch jede richtige Erkenntnis und wird in der vorliegenden Arbeit die erste eingehende Untersuchung gegeben. Daß die Ergebnisse dieser Untersuchung in einem Gesetzesvorschlag zusammengefaßt werden, ist demgegenüber ziemlich bedeutungslos. Denn an den Richter wendet sich die Erörterung nach wie vor. Den Gesetzesvorschlag aber jetzt zu streichen, hatte ich keinen Anlaß, denn als eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse, als knappe Umschreibung der vom Richter bei der Beurteilung der Schuldhaftigkeit von Verbotsirrtümern anzuwendenden Maßstäbe kann er immer noch nützlich sein, und ebenso als eine stillschweigende Kritik des kommenden Gesetzes, welches, anstatt selbst solche Maßstäbe aufzustellen, ihre Entwicklung gänzlich dem Richter überläßt und ihm damit eine Aufgabe zuweist, der er bei der Unklarheit, die in der Materie herrscht, nur unvollkommen gewachsen sein kann. Eine Kritik des Gesetzes kann aber nicht früh genug beginnen.

Jedoch habe ich es nicht für notwendig gehalten, eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Entwurf in seiner neuen Form nachträglich aufzunehmen. Aus dem Zusammenhang geht meine Stellungnahme ihm gegenüber mit hinreichender Deutlichkeit hervor. Insbesondere gilt das § 10 a. E. über die Regelung des Codex Juris Canonici Gesagte naturgemäß auch gegenüber dem ja sehr ähnlichen jüngsten Entwurf. Eine Umänderung wäre daher ohne sachlichen Nutzen gewesen, hätte dagegen die Einheitlichkeit des Aufbaus beeinträchtigt. Aus dieser Erwägung wurde die Arbeit (bis auf diese einleitenden Ausführungen) gänzlich unverändert gelassen.

Erster Teil.

Die Begründung des Schuldvorwurfs in den drei Klassen der Delikte.

Die Theorien, die sich mit unserem Problem beschäftigen, scheiden sich in subjektive und objektive, je nachdem sie die (normative) Bewertung der Tat schon vom Täter — subjektiv — oder — objektiv — nur vom Richter vorgenommen wissen wollen. Dem gegenüber ist die Frage, welche Norm (des Rechts oder der Ethik) der Bewertung seitens des Täters zugrunde gelegt werden soll, zweiten Ranges (so groß ihre sachliche Bedeutung auch sein mag). Die subjektiven Theorien behandle ich im folgenden Paragraphen, die objektiven in § 6; und zwar werde ich zunächst noch keine endgültige, kritische Stellung zu den Theorien nehmen, sondern mich darauf beschränken, von den für beide vorgebrachten Gründen die wesentlichen herauszusuchen und die unwesentlichen und von vornherein als untauglich erkennbaren auszuscheiden.

§ 5. Die subjektiven Theorien.

Eine nach Autoren gesonderte Darstellung der einzelnen subjektiven Theorien würde sich bei deren Zahl viel zu umfangreich und unübersichtlich gestalten und wäre zudem für den Zweck dieser Arbeit ganz nutzlos. Ich werde daher die einzelnen Argumente nach sachlichen Gruppen geordnet darstellen und zwar (weil es mir zunächst nur um eine Auseinandersetzung mit der subjektiven und objektiven Theorie als Ganzen zu tun ist), ohne des näheren zu scheiden, ob sie sich auf die Varianten der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, der Pflichtwidrigkeit usw. erfordernden Theorien beziehen.

1. Vorab ist auf einen mehrfach wiederkehrenden Fehler aufmerksam zu machen: Es wird zunächst dargetan, daß zur Schuld wenigstens die Möglichkeit des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit gehört (eine Annahme, die, wie wir sehen werden, mit einer durchaus objektiven Theorie nicht unverträglich ist und von mehreren ihrer Anhänger vertreten wird). Sodann aber fällt mit einem Male das Wort „Möglichkeit" unter den Tisch und es wird fortgefahren, als hätte man soeben bewiesen, daß zum Vorsatz das tatsächliche Bewußtsein (nicht nur seine Möglichkeit) der Pflichtwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit gehöre[1]). Möglichkeit des Bewußtseins und Bewußtsein der Normwidrigkeit oder auch nur,

[1]) So Finger „Lehrbuch" S. 229; Gerland „Grundfragen des Strafrechts" (1918) S. 37.

unter scharfer Hervorkehrung des dolus eventualis, Bewußtsein der Möglichkeit einer Normwidrigkeit sind durchaus auseinander zu halten[1]).

II. Als mindestens unklar und irreführend der eine, zum wenigsten nicht weiterführend der andere, können zwei weitere Gedankengänge von vornherein ausgeschieden werden, denen beiden das Bestreben zugrunde liegt, ohne eine Bewertungsvorstellung (das Urteil: meine Tat ist rechts-, pflichtwidrig) seitens des Täters auszukommen, da ihnen diese augenscheinlich zu vag und schwer beweisbar dünkt; andererseits ist das Ziel der Vertreter dieser Ansichten inkonsequenterweise doch das der subjektiven Theorie.

a) Den einen dieser Gedankengänge[2]) möchte ich zusammenfassend als das Arbeiten mit dem Begriff des „Rechtsgutes" bezeichnen. Es wird gesagt, der Täter müsse wissen, daß er mit seiner Handlung in Rechtsgüter, subjektive Rechte, geschützte Interessen[3]), „Kulturinteressen", „Kulturveranstaltungen"[4]) eingreife. Hier wird in der Anschauung des Lesers zunächst die Vorstellung hervorgerufen, gemeint sei, der Täter müsse um den bloßen tatsächlichen Erfolg seiner Handlung gewußt haben, damit sie ihm zurechenbar erscheine; er müsse z. B. gewußt haben, daß er ein Gut, einen fremden Gegenstand zerstöre, um wegen Sachbeschädigung bestraft werden zu können. Und das wird niemand bestreiten wollen. Im folgenden aber wird dann der Begriff des Rechtsgutes völlig umgedeutet, fast unmerklich, weil das durch seine Mehrdeutigkeit und die psychologische Tatsache, daß Erfolgsvorstellung und dazu gehörige Bewertungsvorstellung dicht beieinander liegen, sehr erleichtert wird. Mit einem Male heißt „Rechtsgut" jede Beziehung, deren Verletzung das Recht als rechtswidrig bewertet. Die geschlechtliche Enthaltsamkeit unter nahen Verwandten wird so zum Rechtsgut, dessen Verletzung man sich bewußt gewesen sein muß, um wegen Inzestes bestraft werden zu können. Hier sind durch einen Kunstgriff zwei, auf welchem Standpunkt man auch praktisch stehen mag, theoretisch jedenfalls völlig verschiedene Elemente auf eine Stufe gestellt; eine reine Bewertungsvorstellung wird im Gewande einer bloßen Erfolgsvorstellung einzuschmuggeln versucht. Bei Sachbeschädigung und Inzest sind die beiden Erfolgsvorstellungen Beschädigung einer fremden Sache und z. B. der geschlechtliche Verkehr mit der Stieftochter, die Bewertungsvorstellungen

[1]) Vgl. M. E. Mayer, Allg. Teil S. 233 ff. — Kohlrausch „Reform 1926" (S. 23 N. 1) bemerkt den Unterschied zwar, wertet ihn aber, wie aus seiner Zitierung Gleispach's hervorgeht, noch lange nicht prinzipiell genug.

[2]) Der auch von Anhängern einer mehr objektiven Richtung vorgebracht wird, um ihr Ergebnis dem ihnen im Einzelfalle gerecht erscheinenden Resultat der subjektiven Theorie anzunähern; vgl. Köhler „Deutsches Strafrecht" Allg. Teil, z. B. S. 295 f.; Kohler „Leitfaden" S. 56.

[3]) Liszt „Lehrbuch" § 41 I. Darüber, daß Liszt zu den Anhängern der subjektiven Theorie zu rechnen ist, vgl. S. 25 N. 2.

[4]) Kohler aaO.

sind: die Sachbeschädigung und der Inzest sind rechtswidrig. Man kann das auch positiv formulieren: Die Integrität in fremdem Eigentum stehender Gegenstände und die geschlechtliche Enthaltsamkeit unter nahen Verwandten sind „Rechtsgüter“ [1]). Sachlich ist damit nichts gedient [2]). Für die subjektive Theorie kann so nichts bewiesen werden. Daß die Ansicht gefährlich, weil irreleitend ist, wird man kaum bestreiten können [3]).

b) Sucht die mit dem Rechtsgutbegriff arbeitende Anschauung die Bewertungsvorstellung nur scheinbar zu umgehen (führt sie aber tatsächlich im Gewande der Erfolgsvorstellung wieder ein), so sucht die andere der erwähnten beiden Theorien, welche das Bewußtsein der Schädlichkeit bezw. Sozialschädlichkeit zum Vorsatz erfordert, tatsächlich ohne Bewertungsvorstellung auszukommen [4]). Daß dies ein aussichtsloses Unterfangen ist, daß die Schädlichkeit einer Tat für ihren Wert oder Unwert durchaus kein ausreichendes Kriterium bildet, fast alle Handlungen im wirtschaftlichen Konkurrenzkampfe „schädlich“ sind, oftmals dieselbe Handlung gleichzeitig schadet und nützt, und es ja auch Schädigungen in Ausübung besonderer Berechtigungen gibt, dies alles ist schon mehrfach gut und klar nachgewiesen worden. Ich kann mich daher hier mit einer Verweisung begnügen [5]).

III. Unter den Beweisen für die subjektive Theorie fehlen auch nicht die unvermeidlichen Parallelkonstruktionen, die zwar als rhetorische Hilfsmittel nützlich, als Hauptstützpunkte des wissenschaftlichen Beweises gebraucht, aber stets zum mindesten verdächtig sind.

a) Mezger [6]) sagt: „Das Unrecht der Tat wird dadurch begründet, daß sie Tatsachen verwirklicht, die dem ablehnenden Urteile der Rechtsordnung unterliegen, die Schuld dadurch, daß der Täter dies in sein Bewußtsein aufgenommen hat.“ Es klingt bestechend — aber man beachte nur, wie hier wieder Vorstellung des Erfolges und Bewertung dieses Erfolges ineinander laufen! Wenn

---

[1]) Ich werde dieses Korrelat der Bewertungsvorstellung zur Unterscheidung künftig „Rechtsschutzinteresse“ nennen.

[2]) Ausführlicher hierüber Heims Z. St. W. 41 S. 93 f.

[3]) Frank StGB. § 59 II erfordert zum Vorsatz „das Bewußtsein, daß sich die Handlung gegen dasjenige Interesse (Rechtsgut) oder diejenige spezielle Pflicht richtet, durch deren Verletzung oder Gefährdung objektiv der äußere Tatbestand erfüllt wird“. Er meint das im Sinne einer reinen Erfolgsvorstellung und hält sich von dem Fehler frei, unter „Rechtsgut“ auch jenes oben erwähnte „Rechtsschutzinteresse“ zu verstehen. Nicht so Lobe im Lpz. Komm. Einl. S. 49, der darum in dieser Stelle bei Frank eine Inkonsequenz sieht. Vgl. sonst Köhler aaO., Rümelin Z. St. W. 41 S. 515.

[4]) Vgl. Kohlrausch „Reform 1910“ Bd. I S. 214 ff.; Hegler, Z. St. W. 36 S. 19 ff., 184 ff. An diese Ansicht klingt auch an Köhler DStR., Allg. Teil, S. 304.

[5]) Vgl. Binding, „Normen“ II 1 Seite 160 N. 41; Allfeld „Lehrbuch“ S. 166 N. 11; besonders Heims Z. St. W. 41 S. 95 ff.

[6]) Z. St. W. 47 S. 476. Eine ähnliche Vorstellung scheint auch zu haben Mittermaier Z. St. W. 44 S. 13.

man Erfolgsvorstellung und Bewertungsvorstellung sorgfältig voneinander scheidet, dann enthält Mezger's Satz eine bloße Behauptung, die durch den Parallelismus „Unrecht — objektiver, Schuld — subjektiver Normverstoß" nicht im geringsten mehr wahrscheinlich gemacht wird [1]).

b) Häufiger tritt eine andere Parallelkonstruktion auf. „Wie zur Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit, das Unrecht zu erkennen .... gehört, so muß zur Pflichtwidrigkeit die tatsächliche Kenntnis des pflichtfordernden Rechts .... gehören" [2]). Zurechnungsfähigkeit ist die Fähigkeit, generell pflichtwidrige Handlungen als solche zu erkennen (von der Fähigkeit, „seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen", können wir hier absehen) und das Verschulden setzt die Möglichkeit voraus, individuell eine pflichtwidrige Handlung als solche zu erkennen; oder auch: Zurechnungsfähig ist, wer pflichtwidrige Taten als pflichtwidrig beurteilen kann und daher beurteilen soll und also verantwortlich ist, wenn er eine einzelne Handlung nicht als pflichtwidrig beurteilt hat. Ist hier eines nicht so schlüssig wie das Andere?

Mit Parallelismen kann man alles und nichts beweisen; sie sind, wie gesagt, als rhetorische Hilfsmittel und nicht als wissenschaftliche Beweise zu werten.

IV. Alle übrigen, für die subjektive Theorie vorgebrachten Gründe lassen sich, soweit ich sehe, in zwei Gruppen ordnen, besser: es werden sonst nur noch zwei Gründe vorgebracht, von denen namentlich der eine in mannigfacher Gestalt und verschiedentlich eng verbunden mit sichtlich Ueberflüssigem und Verkehrtem erscheint.

a) Ausschließlich die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz erfordernde Theorie soll stützen die Auffassung des Delikts als Ungehorsam gegen die Norm [3]), als „bewußte Auflehnung gegen den staatlichen Willen" [4]), „gegen das Recht" [5]), als „Zuwiderhandlung" [6]). Diese Theorie ist jedenfalls in sich geschlossen und konsequent; ob sie sonst richtig und umfassend ist, soll hier dahingestellt bleiben.

b) Die große Zahl aller übrigen Gründe ist in ihrem Kern identisch. Dieser besagt: Der Täter muß vor der Tat eine „Abwägung der Gefühlswerte" [7]) vorgenommen, daß Bewußtsein der „Tragweite seiner Handlung gerade im Verhältnis zu seiner Verpflichtung" [8])

---

[1]) Aehnlich wie Mezger, M. E. Mayer, Allg. T. S. 234.

[2]) Mittermaier in Asch. Mon. Schr. Jg. 17 S. 347; vgl. ferner Lobe im Lpz. Komm. Einl. S. 51; Dohna in Ger. S. 65 S. 320.

[3]) Binding, z. B. Normen II 1 S. 132 ff., 2 S. 801 und vielfach im dritten Bande

[4]) Allfeld „Die Bedeutung des R. J. im Strafrecht (1904) S. 7.

[5]) Birkmeyer „Strafrecht" in seiner Enzycl. 1904 S. 1056.

[6]) Lobe, Lpz. Komm. Einl, S 48, L. Z. 1916 Sp. 645.

[7]) van Calker „Ethische Werte im Strafrecht (1904) S. 29.

[8]) Gerland „Reichsstrafrecht" (1922) S. 101.

gehabt haben; die „Sobeschaffenheit der Tat im ganzen", ihr „Totalcharakter als gesellschaftliche . . . . rechtswidrige Tat überhaupt" [1]) muß ihm bekannt gewesen sein, weil „ein wesentliches Stück ihres Wesens sonst mit seiner Psyche nicht verknüpft gewesen wäre" [1]): wie das eben nie der Fall ist, soweit die „Abstraktvorstellungen" fehlten, die das Handeln des Menschen bestimmen (die Vorstellung der Normwidrigkeit ist eine der wichtigsten darunter), die eine Handlung erst als „Ausfluß der individuellen Erfahrung erscheinen lassen" [2]). Nur dann zeigt die Tat den schlechten Charakter des Täters, sonst hat er eben aus Unerfahrenheit gehandelt. „Strafen wir etwa unsere Kinder mit der ganzen Strenge, wenn sie ein Gebot oder Verbot, das für sie gilt, übertreten haben, ohne sich dessen bewußt zu sein?" [3]).

Zusammenfassend läßt sich diese Anschauung etwa dahin charakterisieren: Wenn der Täter handelte, ohne seine Verpflichtung zu kennen, so wollte er das Schlechte eben nicht bewußt, nicht aus freier Wahl, so war er sich nicht im geringsten der Tragweite seiner Handlung bewußt. Wenn diese Unkenntnis dem Täter vorzuwerfen ist, so kommt — vielleicht — Haftung wegen Fahrlässigkeit in Betracht — niemals wäre eine Bestrafung wegen vorsätzlichen Delikts gerechtfertigt.

Auf diese Auffassung laufen auch weiter hinaus: Die Ansicht Beling's [4]): „Wer einen Vorwurf ausspricht, der gibt damit kund, daß er das Wirksamgewordensein von Hemmungsvorstellungen in der Seele des Täters vermißt, das er erwartete und erwarten konnte", und zwar ist es „ein auch dem blödesten Auge nicht verborgener, einschneidender Unterschied in der Größe des Vorwurfs, je nachdem der Handelnde illoyal dachte oder nur, bei völliger Arglosigkeit, dem Vorwurf ausgesetzt ist, daß er die Unerlaubtheit hätte erkennen können". Und ferner: „Als Hemmungsvorstellung kommt die Vorstellung, daß man einen Tatbestand verwirkliche, nur in Verbindung mit der Vorstellung, daß man dies unerlaubterweise tue, in Betracht" [5]). Dieser Gedanke liegt auch zugrunde der Meinung desselben Autors, das „objektiv so wichtige Moment" der Rechtswidrigkeit könne man doch unmöglich „auf der subjektiven Seite als quantité négligeable behandeln" [6]).

Entsprechend forderte Liepmann früher „Verwirklichung trotz

---

[1]) Hegler Z. St. W. 36 S. 198.

[2]) Basedow „Die strafrechtliche Verschuldung" S. 34.

[3]) Allfeld „Die Bedeutung des Rechtsirrtums" S. 4.

[4]) „Unschuld" S. 32 ff.

[5]) Vgl. hierzu auch Beling „Lehre vom Verbrechen" S. 181, vgl. auch Kahn, „R. J." S. 26. f.

[6]) L. v. V. S. 181.

eines bestimmten Wissens"[1]), Liszt die „Kenntnis der antisozialen Bedeutung der Tat"[2]). Vergleiche ferner Allfeld „Lehrbuch" S. 167, und Kahn „Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum" S. 26 f.; unausgesprochen liegt diese Vorstellung auch den Ausführungen v. Hippel s in V. D. A. zugrunde[3]).

Gerland[4]) sagt: „Es kann die Strafe ihre Funktion als Determination zum rechtmäßigen Verhalten nur dann erfüllen, wenn sie an ein rechtswidriges Verhalten in subjektiver Hinsicht anknüpft". Die in diesem Satz sich äußernde Ansicht, die Strafe müsse ihre Funktion als Determination zum rechtmäßigen Verhalten in jedem einzelnen Falle erfüllt haben, nicht nur generell derartig wirken, führt unausweichlich zur alten Theorie Feuerbachs, der Täter müsse die Strafbarkeit der Tat gekannt haben, um zur Verantwortung ge-

[1]) Einl. S. 134. Liepmann's merkwürdig zwiespältige nähere Formulierung verrät freilich, daß er innerlich schon damals (1900) zur objektiven Theorie hinneigte. Er verlangte „Kenntnis derjenigen Momente, die ihm (dem Täter) den pflichtwidrigen Charakter seines Tuns zum Bewußtsein bringen" (aaO.). Muß danach dieser Charakter dem Täter zum Bewußtsein gekommen sein oder genügt die bloße Kenntnis der Momente, mit denen gewöhnlich die Kenntnis der Pflichtwidrigkeit gegeben ist?

[2]) Lehrbuch § 39 I. Der üblichen Einteilung; Autoren für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und das der Pflichtwidrigkeit und Autoren dagegen, entspricht es, daß v. Liszt unter den Vertretern der objektiven Theorie aufgeführt wird. Doch das ist verkehrt, so wird man Liszt's Ansicht im ganzen nie übersehen können und wird seine Theorie vom Subsumptionsirrtum stets als eine theoretisch ganz unfundierte, höchst gewaltsame These erscheinen, allein zu dem Zweck geschaffen, um wieder gut zu machen, was er zunächst durch einen all zu objektiven und vom „Rechtsirrtum" des Täters völlig absehenden Standpunkt gesündigt hatte. In Wahrheit ist v. Liszt's Meinung eine besonders eigenartige Spielart der subjektiven Theorie. Sein Ausgangspunkt ist subjektiv, zum Vorsatz gehöre eben die „Kenntnis der antisozialen Bedeutung der Tat". De lege lata will er das aber nicht im Sinne einer Gesamtbewertung verstanden wissen, die der Täter seiner Handlung gegenüber vorgenommen haben muß, vielmehr im Sinne einer eigentümlichen Einzelbewertung (der Täter muß das Schriftstück als „Urkunde", seine Handlung als „unzüchtig" bewertet haben usw.). v. Liszt ist dabei augenscheinlich überzeugt (vergl. § 39 III), dem von ihm postulierten normativen Vorsatzbestandteil de lege lata theoretisch wenigstens gerecht geworden zu sein. Daß seine Ansicht im praktischen Ergebnis alle anderen subjektiven Theorien an Schärfe übertrifft und vom Täter zur Vornahme dieser Einzelbewertungen geradezu eine abgeschlossene juristische Bildung verlangt, ist schon oft ausgeführt worden (vergl. z. B, Kohlrausch „Irrtum" S. 109 ff.; v. Hippel in V. D. A. S, 561 f.; Beling, L. v. V., S. 188 f,; „Unschuld" S, 49; Heinemann „Die Binding'sche Schuldlehre" S. 136 und viele andere). De lege ferenda sollte der Täter nach v. Liszt die antisoziale Bedeutung der Tat aus ihrer Richtung gegen ein rechtlich geschütztes Interesse entnehmen, welche Kenntnis etwas „wesentlich anderes" wäre als die vom Verbotensein der Tat (§ 41 I). Diese Meinung ist zu unbestimmt, als daß eine Auseinandersetzung mit ihr möglich wäre. Muß der Täter auch die rechtliche Geschütztheit des Interesses kennen? Dann beträfe sein Irrtum doch gerade das Verbotensein der Tat. Oder will v. Liszt de lege ferenda die Theorie vom Bewußtsein der Schädlichkeit vertreten oder verwechselt er (vgl. oben S. 21 f,) Rechtsgut und Rechtsschutzinteresse? In jedem Falle aber ist v. Liszt's Theorie auch hier subjektiv.

[3]) Ausdrücklich begründet v. Hippel seinen subjektiven Standpunkt nur mit der dahin drängenden Rechtsentwicklung (S. 592).

[4]) R. Str. R. S. 101.

zogen werden zu können[1]). Wenn wir an diesem Argument das sichtlich Unbrauchbare ausscheiden, finden wir aber wieder den bekannten Kern: Der Täter muß die Tragweite seines Verhaltens auch nach der normativen Seite richtig beurteilt haben (die Feuerbach'sche Theorie ist im Grunde nur ein besonders schroffer und als zu schroff allgemein abgelehnter Ausdruck dieser Forderung).

Aehnlich liegt es auch bei der bekannten Ansicht Basedow's[2]), als gerecht empfunden werde nur die Strafe für die mit Schuldbewußtsein begangene Tat. Das „Schuldbewußtsein" setzt sich zusammen aus einer Bewertungsvorstellung und einem bestimmten, eigentümlichen, „erregenden Gefühlsmoment". Daß dieses „Gefühlsmoment" einen unbrauchbaren Ueberschuß bedeutet, der dazu führen würde, den „hartgesottenen Sünder"[3]), der zwar der Bewertungsvorstellung, aber nicht jenes Gefühls fähig ist[4]), von Strafe zu befreien, ist schon öfter dargelegt worden[5]). Dieses Gefühlsmoment ausgeschieden, haben wir wieder das bloße Bewußtsein der Tragweite des Verhaltens.

Um auch ältere Ansichten zu erwähnen: Oetker[6]) verlangte, damit eine „Willensverwirklichung, Handlung" sei (in heutiger Terminologie „schuldhaft"), daß „der Verwirklichende imstande war, den Inhalt seines Willens in seinem rechtlichen Charakter zu erkennen". Nach Heinze[7]) ist der „freie", nämlich der vernünftigen, bewußten Selbstbestimmung durch das Pflichtmotiv fähige Wille bedingt durch die „Wirksamkeit", besser das Vorhandensein der Pflichtvorstellung; d. h. nur bei vorhandener Pflichtvorstellung wird das Pflichtwidrige bewußt, frei, aus innerem Trieb zum Schlechten gewollt. Ebenso Haelschner[8]): „Schuldhaft ist nur der wider die erkannte Pflicht sich bestimmende Wille". Später hat Graf zu Dohna dem Argument eine besonders prägnante Formulierung gegeben, indem er den kategorischen Imperativ als „oberste grundlegende Norm für alles menschliche Tun und Lassen" heranzog. „Handle so, daß deine Maxime jederzeit zum allgemeinen Gesetz werden kann! Und es erscheint pflichtwidrig eine Willensbetätigung, welche sich nach dem eigenen Urteile des Handelnden nicht generalisieren läßt"[9]).

---

[1]) Auf diese Theorie des näheren einzugehen ist heute überflüssig. Vergl. darüber „Kohlrausch „Irrtum" S. 39 f. und die dort angeführte Literatur.

[2]) aaO. S. 19 ff.

[3]) Kohlrausch „Irrtum" S. 29.

[4]) Vergl. über diesen an anderer Stelle von Kohlrausch selbst außer acht gelassenen Unterschied besonders Goldschmidt in Goltd. Arch. 51 S. 342 ff.

[5]) Vergl. außer Kohlrausch aaO. namentlich Heims Z. St. W. 41 S. 78 f.

[6]) „Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht" (1876) S. 41.

[7]) „Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht" Ger. S. XIII (1861) S. 397 ff. Im wesentlichen unzutreffend gegen ihn: Kohlrausch „Irrtum" S. 25 f. (Kohlrausch begeht in seiner Polemik wieder die von Goldschmidt aaO. gerügte Verwechselung von Pflichtvorstellung und Pflichtgefühl).

[8]) Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I (1881) S. 253.

[9]) Ger. S. 65. S, 316.

Von der Kehrseite zeigt das Argument die Bemerkung, daß, wer bei Handlungen ohne Pflichtkenntnis strafe, das Verschuldensprinzip vernachlässige und sich mit bloßer Erfolghaftung begnüge [1]), und so beweise „eine grenzenlose Unterschätzung der Würde der Persönlichkeit" [2]), [3]).

§ 6. Die objektiven Theorien.

Vergleichen wir nach Zahl und Art der für sie gegebenen Begründungen subjektive und objektive Theorien, so bietet sich uns das wohl typische Bild des Kampfes zwischen einem moderneren, ideologisch lebendigeren, im Angriff befindlichen, wissenschaftlichen Prinzip und dem hergebrachten, die Praxis beherrschenden, meist nur mit praktischen und Gefühlsgründen eines all zu ängstlichen Konservatismus verteidigten Prinzip, das nur ausnahmweise noch in fundierter theoretischer Ueberzeugung vertreten und gestützt wird, während im allgemeinen mit der Ueberzeugung seiner Notwendigkeit der ursprüngliche Sinn dieses Prinzips der Theorie wie der Praxis allmählich aus dem Bewußtsein entschwindet. Dies hat deutliche Verfallserscheinungen zur Folge, die wiederum ungünstig auf die allgemeine Ueberzeugung zurückwirken usf. Wer in einem solchen Falle das neue Prinzip restlos verwirft, der zeigt damit, daß er das Bedürfnis der Zeit nicht versteht, mag auch sein Konservatismus innerhalb der Entwicklung des Ganzen eine wichtige und tief berechtigte Funktion haben. Es ist aber auch keineswegs gesagt, daß die radikale Durchführung des neuen Prinzips das Richtige trifft: vielmehr besteht immer die Gefahr, daß man in Reaktion gegen den bisherigen Zustand in das nicht bessere, nur mit den entgegengesetzten Mängeln behaftete gegenteilige Extrem verfällt. Es gilt also, den Schwung des Pendels in der Mitte anzuhalten.

Wir finden, wie gesagt, nur ganz wenige theoretische Begründungen der objektiven Theorie und ein Ueberblick gestaltet sich darum erheblich einfacher.

---

[1]) Vgl. Allfeld „Die Bedeutung des R. J. S. 7; Basedow aaO. S. 54; Beling „L. v. V." S. 181; Dohna Ger. S. 65 S. 320: Gerland „Reichsstrafrecht" S. 101 N. 3.

[2]) Gerland „Grundfragen" S. 47.

[3]) Sonstige Anhänger der subjektiven Theorie;
Hammerer „Der Einfluß des Rechtsirrtums auf die Bestrafung nach deutschem Reichstrafrecht" (1890);
Sikorski „Die Behandlung des Rechtsirrtums" (1908);
Galli Ger. S. 68 S. 61 ff.;
Goerdeler „Das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit" (1908);
Rosenberg Z. St. W. 23 S. 217 ff.
Nicht dagegen Petersen „Willensfreiheit, Moral und Strafrecht" (1905), wie fälschlich von v. Hippel in V. D. A. S. 559 aufgeführt;
M, E. Mayer's Sympathien gelten der subjektiven Theorie; der lex lata gegenüber sieht er sie aber nicht für durchführbar an (Allg. T. d. deutsch. Str. R. S. 236 N. 18, Z. St. W. 32 S. 503 f.; vgl. unten).

Die große Mehrzahl der Schriftsteller hält es für überflüssig, ihren ja in der Praxis geltenden Standpunkt noch theoretisch zu rechtfertigen und beschränkt sich darauf, der subjektiven Theorie mit praktischen Gründen entgegenzutreten. Da wird dann auf die Schwierigkeit des Beweises der Verbotskenntnis, die dadurch gefährdete Strafrechtspflege und damit Staatssicherheit hingewiesen, die „Privilegierung der Gewissenlosigkeit, die sich möglichst wenig um Strafnormen kümmert“ [1]), u. a. m. Meistens aber wird entweder auf eine Begründung überhaupt verzichtet [2]), oder sie ersetzt durch die ausdrückliche oder stillschweigende Berufung auf den alten Grundsatz, „ dem normal entwickelten, innerhalb der Kulturgemeinschaft lebenden Menschen die Unerlaubtheit der in ihren wesentlichen Eigenschaften und Wirkungen richtig vorgestellten Tat zur Schuld zuzurechnen“ [3]). Ja, Rich. Schmidt [4]) geht in allerjüngster Zeit schon so weit, zu erklären: „Der Idee nach ist allerdings die Kenntnis des Verbotenseins der Handlung ebenso eine selbstverständliche Voraussetzung der Schuld, besonders des dolus, wie die Kenntnis der wesentlichen Tatbestandsmerkmale“, d. h. Rich. Schmidt erklärt die subjektive Theorie für theoretisch allein richtig, um dann aber daraus, daß „in der Regel diese Voraussetzung (der Pflichtkenntnis) als gegeben zu gelten hat“ und daß „bestimmte Handlungen allgemein als verwerflich gewertet werden“, so daß man „bei ihrer Begehung immerhin im Bewußtsein der Möglichkeit“ ihrer rechtlichen Verbotenheit, „in dolus eventualis“ handle, um daraus zu schließen, daß die Pflichtkenntnis als immer und bei allen Handlungen gegeben anzusehen sei. Rich. Schmidt will also in aller Form die Dolus-Präsumption wieder einführen. Und dabei deutet nichts in seinen Ausführungen darauf hin, daß er eine solche Dolus-Präsumption auch nur aus praktischen Gründen für notwendig hält. Mit der Ueberzeugung von der Notwendigkeit des Prinzips ist Schmidt aber auch sein Sinn verloren gegangen. Wir

---

[1]) Liepmann. Frankf. Ztg. 1925 Nr. 167, vgl. ferner Lucas in DJZ. 1914, Sp. 249 ff., verschiedentlich Heinemann aaO., Schwartz „St. G. B.“ § 59 Nr. 7c.

[2]) So. Kohler „Leitfaden“ S. 56; Lucas „Anleitung zur strafrechtlichen Praxis“, II. Teil, S. 132 ff.

[3]) Wach, DJZ. 30, S. 534, vgl. ferner Wachenfeld aaO., Heinemann aaO., Paul Merkel, JW. 1924 S. 1677 ff.; ders. Z. St. W. 43 (1922) S. 299 ff.; bes. S. 318 ff., 340; auch Frank, St. G. B. § 59 III; denn, wenn man, wie er, Vorsatz da annimmt, wo dem Täter die Pflichtwidrigkeit seines Tuns nicht bekannt war, sondern nur hätte bekannt sein müssen, also bei „Rechtsfahrlässigkeit“, ohne daß man wie M. E. Mayer (Z. St. W. 32, S. 503 f.), zugibt, daß damit „in den Vorsatzbegriff ein Fahrlässigkeitselement hineingetragen“ werde, so ist das zu erklären nur, wenn man darin eine stillschweigende Berufung auf jenen Grundsatz erblickt. Eine weitere Begründung gibt Frank aber nicht.

Anhänger der objektiven Theorie ist auch Goldschmidt (von Frank fälschlich für das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zitiert). Er streift das Problem aber nur gelegentlich (vgl. „Notstand“ — 1913 — Oesterr. Zeitschr. f. Strafrecht, 4. Jahrg. S. 141),

[4]) „Grundriss“ 1925, S. 119.

werden später sehen, daß er von dem Prinzip zwei Gruppen von Ausnahmen gelten läßt, derart, daß er zu einem Ergebnis gelangt, welches man beim besten Willen nicht anders als mit „widersinnig" bezeichnen kann. Wir sehen also bei Rich. Schmidt die objektive Theorie in voller Auflösung [1]).

Nur drei Schriftsteller haben es für nötig gehalten, sich auf die theoretischen Unterlagen jenes Grundsatzes zu besinnen. Es sind (in zeitlicher Reihenfolge) Adolf Merkel [2]), Klee [3]), v. Bar [4]).

1. Merkel verlangt (S. 66 f.) zur Bestrafung wenigstens die Möglichkeit, die Pflichtwidrigkeit des Tuns zu erkennen. Von dieser Möglichkeit unterscheidet er scharf die wirkliche Kenntnis der verletzten Pflichten. „Diese bildet keine allgemeine Voraussetzung der Zurechnung. Eine mangelhafte Gesinnung in bezug auf jene (die vom Recht geschützten) Interessen und das Recht selbst kann sich gerade darin äußern, daß man sich die Kenntnis der ein bestimmtes Lebensgebiet beherrschenden Normen nicht in genügendem Maße verschafft". (S. 68). „Worauf es hier überall ankommt, ist lediglich dies, daß ein Zusammenhang besteht zwischen dem, was geschehen ist, und einer Gesinnung, welche dem Rechte als eine mangelhafte gilt. Dieser Zusammenhang aber wird durch die Unkenntnis der im einzelnen Falle verletzten Vorschrift nicht ausgeschlossen". (S. 69). Und weiter gegen die Normentheorie (S. 69): „Es liegt in ihr eine Umkehrung des natürlichen Zusammenhanges der Dinge. Der Staat bekämpft und bestraft bestimmte Handlungsweisen normalerweise, weil sie ihm als schädlich und strafwürdig erscheinen, also mit Rücksicht auf Eigenschaften, welche von seinen eigenen Bestimmungen und von einer Kenntnis derselben seitens des Handelnden unabhängig sind. Nicht leiten sich umgekehrt die für das gesetzgeberische Verhalten entscheidenden Eigenschaften menschlicher Handlungen überall erst aus den gesetzlichen Vorschriften her! Wie löbliche und verdienstliche Taten dieses wegen der Eigenschaften sind, die in ihnen wirksam werden, nicht wegen des Beifalls, der ihnen gespendet wird, und unabhängig von dem Wissen um diesen Beifall, so sind schuldhafte und strafwürdige Taten dieses im allgemeinen wegen ihrer eigenen Natur, nicht erst auf Grund der Mißbilligung, welche sie erfahren, oder wegen des Ausdrucks, den ihre Eigenschaften in den auf sie bezüglichen Rechtsvorschriften finden und unabhängig von dem Wissen um diesen Ausdruck". Für gewisse Uebertretungen, nämlich die eigentlichen Ungehorsamsdelikte will Merkel be-

[1]) Welcher historische Prozeß nichts dagegen beweist, daß ihr nicht doch vielleicht ein richtiger und für die Zukunft nützlicher Kern innewohnt.

[2]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1. Aufl. 1889); von Kohlrausch (Irrtum S. 28) irrig für die das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatze fordernde Theorie in Anspruch genommen.

[3]) „Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz" (Berl. Diss. 1897).

[4]) „Gesetz und Schuld" II S. 383 ff.

sondere Grundsätze zur Anwendung bringen. Was er gegen die Normentheorie ausführt, soll entsprechend gelten, wenn der Täter „in der ethischen Beurteilung — der Tat — vom Gesetzgeber abwich" (S. 85).

2. Klee vertritt die objektive Theorie in ihrer denkbar schroffsten Form. Die Strafe ist für ihn nichts weiter als „ein Ausfluß des gesellschaftlichen Selbsterhaltungstriebes" (S. 43). Das Recht ist ihm etwas schlechthin Objektives, ein „Produkt höherer Einsicht", „der Ausdruck des über dem Einzelwillen erhabenen Allgemeinwillens" und als solcher „ganz unabhängig vom Gefühls- und Verstandesleben der Individuen", so daß „das sittliche so wenig wie das rechtliche Urteil des Individuums das Forum sein kann, vor dem sich der objektive Rechtssatz zu rechtfertigen hätte" (S. 49 f.). Das ist schon deshalb nicht möglich, weil das Rechtsgefühl der Einzelnen „nichts ist als der ethische Niederschlag der ins Bewußtsein des Volkes allmählich eingedrungenen Normen, welche die zu Sieg und Macht gelangte Herrschaft gesetzt hat". „Vom Standpunkte des Einzelnen aus betrachtet, kann das Recht" nicht immer [1]) „vernünftig und moralisch sein" (S. 47). Freilich muß eine vernünftige Gesetzgebung „die Harmonie zwischen Gesetz und Rechtsgefühl" anstreben (S. 48). Und weiter (S. 52): „Mag der Bruder ein noch so schlechtes Gewissen haben, indem er den Bruder dem Häscherarm entrückt ..., das vom Strafgesetzgeber zu seinen Gunsten aufgestellte Privileg kommt ihm zugute mit eben der Notwendigkeit, mit welcher der Freund (der den Freund befreit) der Strafe verfällt". Klee erklärt selbst (S. 55), das Ergebnis sei vom Standpunkte einer weichherzigen, „dem Individuum schmeichelnden" Humanität aus hart. „Unser Satz tyrannisiert das Individuum, aber er bringt ihm dafür auch nicht zu unterschätzenden Gewinn ethischer Natur, er lehrt es sich bescheiden". Im Anschluß daran (S. 56) zitiert Klee Schopenhauer [2]): „Das Individuum ist nichts und weniger als nichts usw." und er faßt sein Ergebnis zusammen (S. 82): „Das Kulpa-Prinzip ist über das Ziel hinausgeschossen. Auf Grund einer Ueberschätzung der Bedeutung des Willens führte es schließlich zur Proklamierung der Souveränität subjektiver Einsicht im Herrschaftsgebiete der Objektivität". Daher will er das Kulpa-Prinzip berichtigen „durch ein Anknüpfen an die dem Individualwillen jegliche Erheblichkeit absprechende erste Periode" der Erfolghaftung.

3. Im Gegensatz zu Klee sieht v. Bar (wie ja auch schon Merkel) sein ganzes Bestreben darin, nachzuweisen, daß die Nichtberücksichtigung des Verbotsirrtums im vollen Einklang mit dem Kulpa-Prinzip bleibe. Betont Merkel, daß die Untat an sich verwerflich sei ohne Rücksicht auf die Kenntnis, die der Handelnde

[1]) Klee sagt „nur selten", drückt sich damit aber erheblich schroffer aus, als er es meint.

[2]) W. als W. u. V. II, 3. Aufl. S. 687.

von ihrer ethischen und rechtlichen Beurteilung habe[1]), so kehrt v. Bar diesen Gesichtspunkt dahin, daß, wer die Untat für nicht pflichtwidrig halte, eben dadurch seine verwerflichen Grundsätze und die Schlechtigkeit seines Charakters offenbare (S. 391)[2]). v. Bar beruft sich dabei auf Aristoteles (Nikom. Ethik, 3. Buch I § 15), welcher davon ausgeht, daß nur unsere freiwillig (ἑκούσιος) begangenen, nicht die unfreiwilligen (ἀκούσιος) Taten Strafe verdienen und dies dahin erläutert, daß die Freiwilligkeit des Handelns ausschließender Irrtum nur der Irrtum betreffend τὰ καθ'ἕκαστα, das Einzelne sei, nicht dagegen die Unkenntnis, die sich bezieht auf τὰ καθόλου, das Allgemeine, „denn gerade ihretwegen erfährt man Tadel"[3]). Der Gegensatz von Irrtum betr. τὰ καθ'ἕκαστα und τὰ καθόλου kann hier wirklich schlechterdings nichts anderes bedeuten als den Gegensatz zwischen falscher Beurteilung der Einzelheiten der Handlung und falscher Gesamtbewertung[4]). v. Bar versteht diese Gesamtbewertung im Sinne der Bewertung, die das Recht den Handlungen angedeihen läßt[5]), und kommt so dazu, zu sprechen (aaO.) von dem „innerlich Bösen, welcher als solcher das Recht mißkennt". Im einzelnen weist er darauf hin (S. 392), daß „erfahrungsmäßig brutale und der Rechtsordnung gefährliche Menschen geneigt sind, ihre Befugnisse (z. B. Notwehr-, Selbsthilfebefugnisse) zu überspannen". Wenn das Gefühl für Recht und Unrecht im einzelnen Falle fehlte, so habe es der Täter aller Regel nach „durch schlechte Neigungen und Handlungen allmählich verloren gehen lassen" (S. 393), es bestünde eine Verbindung zwischen dem Irrtum über die Verbotenheit und dem Charakter (S. 400). Auch wer im Gesetz nachgesehen hat, um sich über die Straflosigkeit seines Tuns zu vergewissern, ist sozial nicht weniger gefährlich; er möchte antisozial sein und sucht nur die Strafe zu vermeiden." (S. 417).

Zusammenfassend läßt sich feststellen: Wir haben für die objektive wie für die subjektive Theorie je zwei untereinander eng verbundene, entgegengesetzte Paare von Grundargumenten gefunden:

---

[1]) Vgl. übrig. schon Berner „Imputationslehre" (1843) S. 59, zitiert bei v. Bar S. 383.

[2]) v. Bar's und Merkel's Argumente sind also im Grunde identisch.

[3]) In der Lasson'schen Übersetzung.

[4]) Wenn Binding (Normen III, S. 66, N. 37 u. schon vorher II, S. 145, N. 23) unter Berufung auf R. Loening „Die Zurechnungslehre des Aristoteles" (1903) behauptet, es wäre „ganz evident, daß Aristoteles die Tat dessen, der etwas Verbotenes tut, unwissend, daß es verboten ist, nicht als *ἑκούσιον*, sondern als *ἀκούσιον* betrachtet", so erweist sich nur, was dabei herauskommt, wenn eine kämpfende Dogmatik sich der Geschichte bemächtigt. Selbst wenn 3. Buch III, § 17, auf welche Stelle sich Binding für sein Urteil stützt, nicht von R. Loening mißverstanden wäre (was Liepmann, Z. St. W. 39, S. 132 überzeugend nachgewiesen hat), selbst dann würde 3. Buch I, § 15 noch immer Bindings Interpretation als unrichtig erweisen. Etwas anderes ist es, ob aus diesem Satz des Aristoteles so weitreichende Schlüsse gezogen werden können, wie es v. Bar und Liepmann aaO. tun (s. darüber weiter unten).

[5]) Ebenso Liepmann, Z. St. W. 39. S. 124.

Hier das Delikt als Auflehnung gegen die Norm — dort das Recht als übermächtig Objektives, dem der einzelne Wille ganz gleichgültig ist (Klee); hier die nur bei Pflichtkenntnis in ihrer Tragweite übersehene — dort die an sich verwerfliche Handlung.

§ 7. Die Einseitigkeit beider Theorien.

Für welche der beiden Theorien haben wir uns zu entscheiden? — Für keine oder für beide. Jede der Theorien für sich betrachtet, ist völlig einseitig und doktrinär.

Betrachten wir die Beispiele, die die Vertreter beider Theorien für ihre Theorie verwenden, so finden wir auf seiten der subjektiven Theorie fast lauter Irrtümer über rein positive, ethisch farblose Satzungen [1]: höchstens ein Viertel der Beispiele bilden entweder Reichsgerichtsurteile, die wir später als verfehlt erkennen werden [2], oder Fälle, wie z. B. die leichteren Arten des Inzestes oder für erlaubt gehaltene Selbsthilfe seitens des Gläubigers durch Wegnahme einer Sache des säumigen Schuldners und dergl. Die Beispiele der objektiven Theorie dagegen sind fast ausschließlich Delikte mit ausgesprochenster ethischer Färbung, Wucher, Tierquälerei, Verweigerung der Hilfeleistung zur Rettung aus Lebensgefahr auf Aufforderung eines Polizeibeamten (§ 360 Z. 10 StGB.) [3]; nur zum kleinsten Teil sind es dieselben Beispiele, die auch die subjektive Theorie gebraucht, aber niemals Irrtümer über rein positive Satzungen, sondern ebenfalls nur Beispiele wie die leichteren Inzestfälle, Ueberspannung der Notwehr und Selbsthilfebefugnis. Ausschließlich als Beispiele für die subjektive Theorie gebraucht werden demnach Irrtümer über rein positive Satzungen, ausschließlich für die objektive Theorie gewisse Delikte von ganz besonders starker ethischer Färbung, in eine Mittelgruppe teilen sich beide, entnehmen aber ihre Beispiele nur zum geringsten Teile daraus.

Diese Verteilung der Beispiele ist durchaus kein Zufall, vielmehr zeigt sie an, was ich im folgenden beweisen will, daß jede der beiden Theorien nur einen bestimmten Komplex von Fällen ins Auge faßt und von diesem aus unter Vernachlässigung und daher Vergewaltigung aller übrigen Fälle verallgemeinernde Schlüsse zieht.

Das Delikt als an sich pflichtwidrige Handlung wie als bloßer Ungehorsam gegen die Norm, das eine wie das andere zeigt sich als verkehrt gegenüber einem Teil der möglichen Fälle.

---

[1]) Vgl. z. B., um eine besonders vorsichtige und sich von Irrtümern freihaltende Arbeit zu nennen, Allfeld „Rechtsirrtum" S. 8 f.

[2]) Hier findet sich z. B. der Fall der wegen Kuppelei bestraften Eltern aus einfachen Volksschichten, die den Geschlechtsverkehr ihrer verlobten Kinder nicht für „Unzucht" hielten (RGSt. 8, S. 172) besonders häufig.

[3]) Vgl, Klee aaO.

Die Vertreter der objektiven Theorie, die am Verschuldensprinzip festhalten, sind genötigt, mindestens für einen Teil der Verstöße gegen rein positive Satzungen Ausnahmen zu machen[1]; die übrigen bleiben unberücksichtigt, ein Verfahren, zu dem sich Merkel durch den Satz, daß wenigstens die Möglichkeit der Pflichtkenntnis zu fordern sei, den Weg geebnet hat[2]), welches bei v. Bar aber seine Gewaltsamkeit gar nicht verbergen kann. Seite 389 sieht sich von Bar selbst genötigt, einzugestehen, „daß der Zustand der neuesten Gesetzgebung einigermaßen Anlaß gibt, eine solche Forderung (der Normkenntnis) aufzustellen! Die in besonderen Gesetzen aufgestellten Strafvorschriften sind ziemlich unübersehbar." Seite 393 sagt er selbst, daß nur „aller Regel nach" „das unmittelbare Gefühl deutlich genug sagt", was pflichtwidrig sei, und daß, wenn das Gefühl im einzelnen Falle fehle, „es aller Regel nach" eigene Schuld des Täters sei. Aus diesem „aller Regel nach", welches noch dazu für die von Bar selbst so genannten (S. 428) und noch viel zu eng umgrenzten „Ungehorsamsdelikte" gewiß nicht zutrifft (vgl. unt.) macht v. Bar's Theorie ein „immer". Damit verläßt sie aber das Prinzip der Verschuldenshaftung. Ueber Klee's Theorie, die das bewußt tut, wird später zu reden sein.

Umgekehrt aber kann nur ärgster Doktrinarismus als das Wesentliche, den Schuldvorwurf Begründende von Delikten wie Wucher und Tierquälerei den Ungehorsam gegen das staatliche Gebot ansehen. So doktrinär ist Binding auch nicht gewesen; er hat derartige Fälle vielmehr unbeachtet gelassen. Ich kann nicht glauben, daß er bei ausdrücklicher Auseinandersetzung wirklich behauptet haben würde, daß der Fuhrmann, der sein Pferd halb totpeitscht, wenn er weiß, daß Tierquälerei staatlich verboten ist, unbotmäßig ist und darum Strafe verdient, weiß er es aber nicht, ein höchst ehrenwerter und keinesfalls strafwürdiger Staatsbürger ist. Wenn nicht die Rohheit einer Handlung allein auch die Schuld begründen könnte, dann „wäre es unrecht, sie auch nur in den Urteilsgründen als Strafabmessungsgrund zu verwerten". Denn „nur Faktoren, die konstitutiv für die Schuld sind, können durch ihren Grad auch maßgebend für ihre Intensität sein"[3]). — Und werden wir dem Fuhrmann Straflosigkeit zubilligen wollen, weil er von einer Tierquälerei verbietenden, sittlichen Pflicht nichts wußte und daher über die „Tragweite" seiner Handlung nicht im Klaren war? Oder werden wir nicht vielmehr, soweit der Täter noch zurechnungsfähig, d. h. ein für sein Tun verantwortliches Mitglied der menschlichen Gemeinschaft ist, in einer solchen Unkenntnis das Zeichen besonders tiefwurzelnder Roheit sehen?

[1]) Vgl. Merkel „Lehrbuch" S. 69; v. Bar S. 428.

[2]) War die Pflichtbekenntnis zu verlangen, so denkt der willige Leser in Erinnerung an die vorher gebrauchten zutreffenden Beispiele, der Täter handelte eben vorwerfbar und verdient Strafe. Daß aber die Unkenntnis rein positiver Satzungen gar keine Vorwerfbarkeit begründen kann (vgl. unt.), wird dabei übersehen.

[3]) Heims Z. St. W. 40, S. 591.

Hiermit ist die Erscheinung kurz aufgezeigt. In den folgenden Paragraphen sind ihre Gründe im Zusammenhang darzustellen.

§ 8. Dreifache Teilung der Erörterung.

Erfolgshaftung bedeutet Haftung für die Eigenschaften der Tat, Haftung nach dem Verschuldensprinzip ist Haftung für die Eigenschaften des Willens. Ob der Wille aber gut oder schlecht ist, das kann vom Recht nur insoweit anders als von der Ethik beurteilt werden, als diese besondere, positive, auf die Vervollkommnung des Individuums gerichtete Gebote aufstellt. Wenn eine Gesinnung nicht dem ethischen Ideal entspricht, so kann sie doch dem Rechte noch immer genügen. Erscheint der Wille aber, am Maßstabe der Ethik gemessen, geradezu verwerflich, so ist es nicht denkbar, daß wir zu der Feststellung gelangen: Der Täter hat, nach dem strafrechtlichen Verschuldensprinzip geurteilt, schuldlos gehandelt. Von jenen Mehrforderungen der Ethik abgesehen, sind also ethisches und rechtliches Verschulden identisch. Wann aber ein solches Verschulden vorliegt, sagt uns das unmittelbare Gefühl im einzelnen Fall deutlich genug. Wenn daher die subjektive wie die objektive Theorie beide behaupten, dem Verschuldensprinzip zu entsprechen, so zeigt dies an — worauf schon in der Einleitung hingewiesen wurde — daß jede von ihnen wirklich nur einen Teil der möglichen Fälle ins Auge faßt, und daß für einen Teil der Fälle diese, für den anderen jene Theorie richtig sein muß [1]). Wenn aber die Kenntnis des Verbots bei den einzelnen Delikten eine verschiedene Bedeutung hat, so kann das nur begründet liegen in der verschiedenartigen Natur der einzelnen Verbote, die durch das Strafgesetz sanktioniert werden. Daher ist die Untersuchung, um unzulässige Verallgemeinerungen zu vermeiden, nach einzelnen Gruppen von Verboten gesondert zu führen.

Das Strafgesetz sanktioniert sowohl Verbote und Gebote, die der Ethik, wie solche, die der Sitte [2]) oder auch nur dem positiven Recht entspringen. Einem dieser drei Lebensgebiete jedoch gehört jedes Verbot an. Wenn aber überhaupt verschiedene Artung der Verbote für die Bedeutung der Verbotskenntnis eine Rolle spielt, dann muß die Tatsache von Einfluß sein, zu welchem dieser drei Gebiete ein Verbot gehört, denn eine wichtigere, grundsätzliche Verschiedenheit der Verbote gibt es nicht.

---

[1]) Bisher ist nur ein einziger Schriftsteller auf den so naheliegenden Gedanken verfallen, daß es verschiedene Möglichkeiten der Schuldbegründung geben könne. Heims hat in einer schon mehrfach zitierten, feinen und scharfsinnigen, überhaupt noch zu wenig, in den Punkten, wo er wirklich Neues bringt, aber noch garnicht beachteten Arbeit (Zur Lehre vom Schuldbegriff Z. St. W. 40 S. 580 ff.; S. 743 ff.; 41, S. 74 ff.) die Frage von ihrer psychologischen Seite eingehend erörtert und ist dabei im großen und ganzen soweit gekommen, wie man bei einer einseitig psychologischen Untersuchung des Problems überhaupt kommen kann.

[2]) Zu denen ich auch solche Gebote der Religion rechne, die nicht gleichzeitig Gebote der Ethik sind.

Ich führe also die Erörterung über den Schuldvorwurf gesondert nach folgenden drei Gruppen: Verstöße gegen Gebote

a) positiver Satzungen
b) der Sitte
c) der Ethik.

Ich beginne mit dieser letzten Gruppe.

§ 9. Die „an sich pflichtwidrige" Handlung. Der Schuldvorwurf in der ersten Deliktsklasse.

Die Ethik können wir bezeichnen als die Lehre von der Verwirklichung der Idee im menschlichen Leben. Ethisch höchstwertig sind Handlungen, die einen adäquaten Ausdruck der sittlichen Idee darstellen. Unsittlich, verwerflich sind Handlungen, die die sittliche Idee negieren. Diese ist gegenüber der engen, schwankenden, subjektiv getrübten Vorstellung des Individuums das schlechthin Objektive und Unvergängliche, Ausdruck des objektiven Geistes, um mit Hegel, Objektivation des Weltwillens, um mit Schopenhauer zu reden. Das Wesen des Unsittlichen läßt sich also formal und daher allgemeingültig dahin bestimmen, daß es liegt in der Erhebung der subjektiven Willkür über den objektiven Willen. Dieser tritt dem Ich im Nicht-Ich in mannigfacher Gestalt entgegen, in der fremden menschlichen, in tierischer Individualität, im Gebot des Staates, der Religion, ja selbst der Sitte [1]).

Mit dem Verhältnis des Einzelnen zu den Geboten jener andern Lebensmächte hat die Ethik erst in zweiter Linie zu tun; ihr eigentliches Feld ist das Verhältnis zur einzelnen, fremden Individualität, zum Mitmenschen, zum Tiere. Sie verlangt von uns, daß wir die fremde Individualität anerkennen, Beeinträchtigungen ihrer Sphäre unterlassen. Diese Forderung ist das Grundprinzip der Ethik. Wer ihr zuwiderhandelt, wer die Sphäre fremder Individualität beeinträchtigt, negiert die sittliche Idee unmittelbar.

Heims [2]) bemerkt, daß wir gewissen Taten gegenüber „ohne Dazwischentreten von Normvorstellungen" ein Gefühl unmittelbaren Abscheus, ein „ethisch-kulturelles Unwertgefühl" empfinden. Er hat nicht untersucht, worin dieses Gefühl seinen Grund hat und welchen Taten gegenüber er stattfindet. Es sind die Taten, die dem ethischen Grundprinzip, der sittlichen Idee widersprechen, indem sie fremde Individualität verletzen. Fällt dieses Gefühl unmittelbaren Abscheus der Tierquälerei gegenüber dann fort, wenn der Täter nicht weiß, daß er auch gegen Tiere rechtliche oder sittliche Pflichten hat? Offenbar nicht; und warum nicht? Weil der Täter

[1]) Nur in den Augen der Gemeinschaft, derenGebote übertreten wurden, ist die betreffende Handlung verwerflich. Aber auch derjenige, der die Gebote der Gemeinschaft nicht als bindend anerkennt, wie etwa der Atheist sich verhält hinsichtlich der Gebote der Kirche, findet es in der Ordnung, wenn die Gemeinschaft, deren Gebot verletzt wurde, ihre Gegenmaßregeln ergreift.

[2]) aaO. Z. St. W. 40 S. 585 ff.

sich hier eben durch die bloße Handlung als ein roher Patron, ein der sittlichen Idee nicht teilhaftiger Mensch zeigt[1]). Und steht es anders, wenn der Täter bewußt urteilte: „Dem Tiere gegenüber habe ich keine Pflichten!"? Soll er kein Rohling mehr sein, wenn verwerfliche Grundsätze sich als Niederschlag seines unsittlichen Gefühls bildeten?[2])

Die ethische Qualität solcher Handlungen ist nicht im geringsten vom Urteile der Gemeinschaft abhängig. Sie wären verwerflich auch, wenn es gar keine Gemeinschaft gäbe, wenn in der Welt nur zwei Individuen existierten, von denen das eine das andere mißhandelte. Wer die Eigenschaft der Handlungen als objektiv, d. h. in den Augen der Gemeinschaft pflichtwidrig verkennt, der übersieht daher nichts für seine Gesinnung Wesentliches. Er ist nur naiv schlecht, sich der eigenen Verworfenheit nicht bewußt. Nicht nur bewußte Schlechtigkeit ist schlecht.

Wie war es möglich, daß eine so selbstverständliche Wahrheit verkannt wurde?

Der Fehler wurde nicht nur von Juristen gemacht. Der Philosoph Simmel z. B.[3]) meint ebenfalls, nur die erkannte Pflicht könne verletzt werden. Der Fehler muß also doch irgendwelche tiefer liegenden psychologischen Ursachen haben. Wir finden diese in der bis auf Kant zurückgehenden Anschauung, daß nur die aus bewußter Besinnung auf das Sittengesetz getane, andern nützliche Tat verdienstlich sei. Scheinbar konsequent hat Simmel daraus gefolgert, daß umgekehrt auch nur die bewußt pflichtwidrige schädliche Handlung verwerflich sein könne. Die moralische Pedanterie[4]), die in Kant's Ansicht liegt, ist schon oft gerügt und überzeugend nachgewiesen[5]), gegen die Angriffe auch eigentlich

---

[1]) Daran ändert sich auch nichts, wenn das Volk, dem der Täter entstammt, einen bestimmten Grad von Roheit gegenüber dem Tiere als normal betrachtet, dann sind eben die Anschauungen dieses Volkes roh.

[2]) Heims (aaO. Z. St. W. 40, S. 591, 752, 765) will in solchen Fällen, „wenn der Täter durch bewußte Erwägung zu dem Urteile kam, die Tat sei nicht verboten", dem Täter „keinen Vorwurf machen", weil die „Reflexion die unmittelbaren Gefühlswertungen abschwächen und sogar verdrängen könne". Allerdings. — aber in dem Ergebnis der Reflexion sind die Qualitäten jener vorgehenden, unmittelbaren Gefühlswertungen, deren Niederschlag sie ist, enthalten; sie sind nicht infolge der Reflexion verschwunden.

[3]) Einleitung in die Moralwissenschaft Bd. 1 S. 260; in der Literatur mehrfach zitiert, u. a. „Normen" II S. 146 N. 23; Dohna, Ger. S. 65 S. 320.

[4]) Heims (Z. St. W. 40, S. 757 ff.) nennt es „Rigorismus"; . . . . . aber Kant verlangt ja gar kein Mehr an ethischen Leistungen gegenüber der normalen Anforderung (nur das wäre Rigorismus), sondern die normalen ethischen Leistungen will er nur gerade in einer bestimmten Form vorgenommen wissen,

[5]) Vgl. u. a. Schopenhauer W. als W. u. V. Bd. I, § 16, Reclam, S. 133; Anhang, Reclam S. 666 f.; von Juristen recht glücklich Heims aaO.

nie verteidigt worden [1]), so daß heute eher zu fragen ist: Wie war eine solche Anschauung möglich und das noch in neuerer Zeit? Als: Weshalb ist sie verkehrt?

Die Auffassung ist tatsächlich nur psychologisch, menschlich zu erklären. Bei einer solchen Erklärung aber ergibt sich, daß sie im Grunde nur ein einzelner Exponent ist des zwar durchaus einseitigen, aber in seiner Art höchst wertvollen Komplexes von Gefühlen und Vorstellungen, den wir unter dem Begriff „Preußentum" zusammenfassen. Dies ist der Nährboden jener Anschauung, aus dem sie immer wieder neue Kräfte gewinnt. — Der Zusammenhang ist folgender: Der kategorische Imperativ entnimmt seine Kraft und Größe vor anderen ethischen Anschauungen daraus, daß er die Pflicht, das Sittengesetz in einer einzigartigen Weise zu etwas Wirklichem, Objektivem erhebt. Das Sittengesetz und der gestirnte Himmel, sie sind für Kant in gleicher Weise groß und wirklich. Natürlicherweise bedeutet das aber für Kant gefühlsmäßig auch: Das Sittengesetz ist in Art und Umfang so wenig zu verkennen, zu übersehen wie der gestirnte Himmel; man kann nur die Augen davor verschließen, auch der Böse muß und wird es kennen. Die Größe des kategorischen Imperativs liegt also nicht zum wenigsten in der Fiktion begründet, daß das Sittengesetz, das wir alle kennen können und kennen sollen, uns auch in allen Fällen bekannt sei. Der kategorische Imperativ soll aber auch der alleinige Leitstern aller Handlungen sein, welche Anspruch auf das Prädikat „gut" erheben wollen. Dies ist von Kant's gesamter Grundeinstellung schwer zu trennen; das wird am besten klar werden, wenn wir Kant mit einem Philosophen, der hier entgegengesetzter Ansicht ist, etwa Schopenhauer, vergleichen. Für Schopenhauer ist das Individuum etwas Unwirkliches, Negatives, zufällige, vergängliche Individuation des Weltwillens, die Idee dem gegenüber das einzig Bleibende, Positive, Wirkliche. Für Kant ist das Individuum etwas Wirkliches und Unendliches, insofern es mit erkennendem Bewußtsein die Welt auffaßt; insofern steht es autark, gleichberechtigt der Idee gegenüber, nach der es sich bewußt und insoweit frei bestimmt. Daraus ergibt sich, daß eine unbewußt, instinktiv erfolgende Verwirklichung der Idee gar nicht in den Rahmen der Kant'schen Anschauung paßt. Wo das Individuum aus Gefühl handelt, da handelt für Kant nicht das freie, bewußte, wirkliche, unendliche Ich, sondern ein dem Willen, einem größeren Uebermächtigen unterworfenes, zufälliges, vergängliches, endliches Ich.

Das Ergebnis Schopenhauer's, der nur auf den Grad der Verwirklichung der Idee, des Guten blickt, ist hier das allein Richtige. An sich aber verfallen beide Philosophen in die entgegengesetzte Einseitigkeit. Schopenhauer vergißt, daß das Individuum zwar der Realität nach nichtig und vergänglich, der Idee nach, d. h. soweit

[1]) Auch Simmel (aaO.) versucht nicht, die Angriffe zu entkräften.

es als fähig gedacht werden muß, der Idee zur Verwirklichung zu verhelfen, aber unendlich, zeitlos und wirklich ist, er sieht nur auf des Menschen irdisches Ich, nicht auf dessen bessere und unvergängliche Idee. Das ist der Grund seines Pessimismus. Kant umgekehrt behandelt auch das unvollkommene, nichtige, irdische Individuum um der Idee willen, deren Abbild es darstellt, als sei es ewig und frei, schon Verwirklichung der Idee; die böse Tat ist ein Fall aus dieser Höhe; die sittliche Handlung aber ist dem Menschen natürlich und gemäß, man muß sie von ihm erwarten, und dem entsprechend muß ihm das Sittengesetz auch in seinem ganzen Umfange bekannt sein. Jene oben erwähnte Fiktion geht also zurück auf die unbewußte Grundfiktion Kant's, der das irdische Individuum behandelt, als ob es die adäquate Verwirklichung der Idee wäre, deren unvollkommenes Abbild es nur bedeutet.

Diese Auffassung muß zu einem hochgesteigerten und dabei bescheidenen Verantwortlichkeitsgefühl, einem selbstverständlichen Pflichteifer führen, aber auch zur „moralischen Pedanterie", zu einer merkwürdigen Zurückweisung jeder Spontaneität. Jene Grundfiktion bezeichnet recht eigentlich das Wesentliche des „Preußentums" im guten Sinne. Sie hat ihren menschlichen Wert, ist durch nationale Eigenart bedingt und wird daher trotz der bündigsten, logischen Widerlegung immer wieder auftreten. Und das ist an sich gewiß kein Unglück. Zu einer gefährlichen Verkehrtheit führt es aber, wenn man Kant's Anschauung, daß nur bewußt sittliche Handlungen verdienstlich sind, wie Simmel dahin umkehrt, daß nur bewußt pflichtwidrige Handlungen verwerflich seien. Unbewußte Voraussetzung Kant's war ja, wie wir gesehen haben, daß es objektive Pflichtverletzungen ohne Kenntnis des Sittengesetzes gar nicht geben könne. Diese Voraussetzung muß Simmel streichen, um jene Umkehrung vornehmen zu können; damit entfällt aber notwendig auch jene Grundfiktion, die den menschlichen Wert von Kant's Lehre ausmacht; denn nur unter der Voraussetzung, daß sich die sittliche Idee in uns bereits verwirklicht hat, ist unsere vollständige Kenntnis des Sittengesetzes gewiß. Stehen bleibt nur das Verkehrte, die „moralische Pedanterie"; aus dem Ansporn für die Guten aber wird ein Privileg für die Schlechten, die das Glück haben, nicht allein roh, sondern dazu noch unwissend zu sein. So ist Simmel's Ansicht als eine völlige Entartung der Kant'schen Lehre zu betrachten.

Aus der oben (§ 8) bemerkten Identität von rechtlichem und ethischem Schuldvorwurf folgt aber, daß auch Binding's „rechtliche Pedanterie" [1]), seine Behauptung, daß die „vollkommen pflichtmäßige Handlung" nur die in bewußter Besinnung auf das Gesetz vorgenommene sei[2]), entsprechend zu beurteilen ist, wie die

[1]) Vgl. „Normen" II 235 ff. und dazu Heims Z, St. W. 40, S. 757 ff. Heims spricht auch hier von „Rigorismus".

[2]) Vgl. ähnlich Finger „Lehrbuch" S. 240.

ähnliche Ansichts Kant's, seine umgekehrte Behauptung aber, daß nur die bewußt rechtswidrige Handlung vorwerfbar sei, bei den hier behandelten Fällen auch nur unter der Voraussetzung tragbar wäre, daß das rechtliche Verbot hier ausnahmelos bekannt sei. Da diese Voraussetzung aber nicht zutrifft, ist Binding's Ansicht gegenüber diesen Fällen ebenso falsch und mindestens so unerträglich [1]), wie die entsprechende Simmel's. Das „Delikt als Ungehorsam", diese Bestimmung reicht wenigstens gegenüber den unmittelbar die sittliche Idee negierenden Delikten nicht aus. Es zeigt sich hier die völlige Selbständigkeit des Rechts gegenüber allen anderen Lebensmächten (Ethik usw.), die Binding erstrebte, als ein konstruiertes, lebensuntaugliches Unding. Wo das Strafrecht Normen der Ethik sanktioniert, da muß es seinen Schuldvorwurf dem der Ethik anbequemen.

Wenn der § 13 des amtlichen Entwurfs Gesetz würde, so würde die Praxis etwa den Rohling, der glaubte, dem Tiere gegenüber keine rechtlichen oder sittlichen Pflichten zu haben, gewiß nicht straflos lassen und, würde der Entwurf von 1919 Gesetz, nicht milder bestrafen, sondern die Unkenntnis eben durchweg als unglaubhaft bezeichnen, selbst wenn sie im einzelnen Falle als nicht unwahrscheinlich erscheinen sollte. Und die Praxis wäre mit einem solchen Verfahren durchaus im Recht; ja, man müßte es von ihr verlangen. Für den Zwang zur Anwendung auch von schlechten Gesetzen gibt es eine Grenze; wo die ängstliche formalistische Befolgung eines auf teilweise verkehrten Theorien fußenden Gesetzes zum Absurden führen würde, da geht das Recht des Lebens, der Vernunft vor.

Unter den Besprechungen des Entwurfs, die von seiten von Vertretern der subjektiven Theorie kamen, haben zwei wenigstens gefühlt, daß hier ein schwacher Punkt liegt. Gleispach[2]) fragt: „Ist es nicht gerade ein Anzeichen eines sozial minderwertigen Charakters, wenn der Täter die Pflichtwidrigkeit seines Tuns nicht erkennt?", fährt fort: „Die Neureglung des Irrtums kann nicht zu dem Ergebnis führen, gefährliche Verbrecher zu begünstigen" und stellt fest: „Der gefährliche Verbrecher ist nicht der, der das Unrecht seiner Tat nicht erkennt oder nicht zu erkennen vermag, sondern vielmehr der, bei dem die Erkenntnis nicht zur Hemmung wird". Gleispach fragt also: „Ist nicht unter Umständen der Mangel der Pflichterkenntnis ein Zeichen sozialer Minderwertigkeit?" und antwortet: „Der sozial Minderwertige besitzt die Pflichtkenntnis (ihm fehlen nur die Hemmungen)". Das heißt, Gleispach macht als Vertreter der Wissenschaft genau dasselbe, was wir soeben als das unausbleibliche Verfahren der Praxis festgestellt haben, wenn

[1]) Die Kenntnis der Rechtsnorm kann ja noch leichter fehlen als die der Pflichtnorm.

[2]) aaO. S. 232 f.

der Entwurf Gesetz würde: er glaubt dem ihm strafwürdig Erscheinenden den Mangel der Pflichtkenntnis von vornherein und prinzipiell nicht.

Mittermaier[1]) beanstandet dies, erklärt: „Der Fehler des § 13 liegt darin, daß er nicht in solchen Fällen Sicherungsmaßregeln vorsieht", und schlägt als Absatz 3 des § 13 folgende Bestimmung vor[2]): „Wenn aus der Tat in Verbindung mit dem Vorleben des Täters hervorgeht, daß dieser ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, kann auf Sicherungsverwahrung gegen ihn erkannt werden". Ist denn jeder, der aus Roheit, Eigennutz, Asozialität eine Pflicht verletzt, die er nicht kennt, gleich ein Gewohnheitsverbrecher? Daß der § 13 in einer Reihe von Fällen unzulänglich ist, sieht Mittermaier, aber, den Fehler zu korrigieren, ist sein Vorschlag nicht geeignet. Er ist ein Flickversuch und greift das Uebel nicht an der Wurzel an. Der Grund des Fehlers liegt eben darin, daß bei gewissen Handlungen, die gegen das ethische Grundprinzip der Anerkennung fremder Individualität verstoßen, die zum Vorsatz erforderliche verwerfliche Gesinnung ohne weiteres mit der Tat gegeben ist, ohne daß die Kenntnis der Pflicht die geringste Rolle spielt. Nicht eine bestimmte Kategorie von Menschen, sondern von Delikten behandelt der § 13 zu günstig.

Ich versäumte bisher, die Sphäre näher zu umgrenzen, in der fremde Individualität Anerkennung fordert, zu umschreiben, welche Delikte demnach hier in Frage kommen. Natürlich erschöpft sich die Anerkennung fremder Individualität nicht in der Respektierung der körperlichen Integrität. Eigentum, Vermögen, Freiheit usw. gehören ebenso zur fremden Sphäre. Diebstahl, Betrug, Nötigung, Ehebruch z. B., von Delikten gegen Kollektivwesen Hoch- und Landesverrat gehören zu dieser Gruppe. Voraussetzung ist natürlich, daß der Täter den tatsächlichen Sachverhalt kennt, weiß, daß er in eine fremde Sphäre eingreift.

Sehr zu beachten ist, daß unsere Untersuchung die Fälle angenommener Rechtfertigungsgründe gänzlich außer Betracht gelassen hat; selbst, wenn der Täter ein Selbsthilfe-, ein Notwehrrecht irrtümlich angenommen hätte, welches das Gesetz nicht kennt, könnte sich der Charakter seiner Handlung erheblich ändern. Aber das wird nicht immer der Fall sein; wenn z. B. ein Rohling den Umfang der Notwehrbefugnis derart überspannt, daß wir die Tat trotz des angenommenen Rechtfertigungsgrundes mit jenem Gefühl des unmittelbaren Widerwillens, von dem Heims spricht, als eine rohe ansehen, so wird eben das ethische Grundprinzip verletzt, obwohl der Täter seine Handlung für erlaubt hielt. Dieser Irrtum, der den Schuldvorwurf in dieser Deliktsklasse nicht ändern kann,

[1]) Asch. Mon. Schr. Jg. 17, S. 341.
[2]) aaO. S. 350.

ist also gleichgültig. Hier kann die Frage nur kurz gestreift werden; eine ausführliche und zusammenhängende Behandlung werden die Rechtfertigungsgründe im zweiten Teile erfahren.

Immerhin scheint die Notwendigkeit der Hereinziehung der Rechtfertigungsgründe die Schwierigkeit der technischen Abgrenzung der hier behandelten Fälle zu erhöhen. Doch ist diese Schwierigkeit nicht unlösbar. Zwar kann der Gesetzestext nicht auf das „ethische Grundprinzip der Anerkennung fremder Individualität" Bezug nehmen; das wäre eine all zu ideologische und unbrauchbare Formulierung. Aber ich glaube, daß sich diese Klasse von Delikten umfassend und gesetzestechnisch brauchbar umschreiben läßt als „Taten, aus denen gemeinschädliche oder rohe Gesinnung spricht". Dabei wären mit „gemeinschädlich" alle Delikte gegen Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Vermögen von Mitmenschen und gegen die Gemeinschaft als Kollektivwesen erfaßt, der Ausdruck „roh" zöge dazu noch namentlich die Tierquälerei. „Gemeinschädlich" wird freilich hier in einem weiteren Sinne gebraucht, als ihn der gewöhnliche Sprachgebrauch mit diesem Wort verbindet; aber ich kann kein Wort finden, das nach seiner Bedeutung im gewöhnlichen Sprachgebrauch die Begriffe „roh", „gewalttätig", „gemein", „verwerflich eigennützig" usf. in sich vereinigt. Man käme aber ins Uferlose — abgesehen von der Häßlichkeit der so erreichten Formulierung —, wollte man all diese Unterbegriffe in den Gesetzeswortlaut aufnehmen.

Zum Schluß noch eine kurze Bemerkung zur Geschichte[1]). Auch der extremste Vertreter der subjektiven Theorie wird zugeben müssen, daß die Römer den Irrtum über das Verbot bei der hier untersuchten Kategorie von Delikten als unbeachtlichen, weil durchweg als unglaubwürdig unterstellten[2]) Irrrtum über jus naturale auffaßten und daß diese Fälle auch zu denen gehörten, hinsichtlich deren die Postglossatoren die „Unbeachtlichkeit des Irrtumseinwandes als Regel"[3]) feststellten, so daß nicht nur eine geminderte Strafe nach sich ziehende Präsumption[4]) stattfand, vielmehr volle Dolusstrafe eintrat. Unsere Praxis würde es genau so machen, wenn der Gesetzgeber durch eine hilflose und schematische Theorie das Problem lösen will. Wäre es aber nicht entschieden angemessener, wenn der Gesetzgeber selbst sich den psychologischen Erwägungen der Vernunft, die zu einer Differenzierung des Schuldvorwurfs führen müssen, wie dem Bedürfnis der Praxis anbequemen würde?

---

[1]) Nähere historische Erörterungen liegen nicht im Plan dieser Arbeit.

[2]) Wenn man Binding (im 3. Bd. d. Normen) folgt.

[3]) Engelmann „Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters" (1922), S. 102.

[4]) Vgl. Engelmann aaO. und S. 126.

§ 10. Die Verstöße gegen Kulturnormen. Der Schuldvorwurf in der 2. Deliktsklasse.

Die Gebote der Sitte, welche durch das Strafrecht sanktioniert werden, will ich „Kulturnormen" nennen. Ich gebrauche damit diesen Begriff in einem engeren Sinne als M. E. Mayer. Dieser rechnet zu den Kulturnormen auch bloße Konventionalregeln [1]), die in Wahrheit nur positive Satzungen darstellen[2]). Auf der andern Seite ist auch das Gebot „Du sollst nicht töten" für M. E. Mayer eine Kulturnorm. Meines Erachtens ist es dem Sprachgefühl gemäßer, nur solche Normen, die die Kultur in ihrem wechselnden Verlaufe hervorbringt, als Kulturnormen zu bezeichnen, nicht solche Normen, deren Anerkennung eine Kultur, ein menschliches Zusammenleben, erst bedingt. Nur jene Normen also meine ich in Folgendem mit dem Begriff „Kulturnormen".

Zur Untersuchung steht die Bedeutung, die deren Kenntnis und Unkenntnis für die Schuld hat. Wir stellten oben fest, daß das Wesen des sittlich Verwerflichen besteht in der Erhebung der subjektiven Willkür über den allgemeinen, objektiven Willen. Dies haben wir noch dahin zu ergänzen, daß nur die absichtliche Verletzung des objektiven Willens, die absichtliche Beeinträchtigung fremder Individualität wirklich die sittliche Idee negiert, eine sittlich verwerfliche Handlung darstellt. Gegenüber dem, der ein Tier fahrlässig verletzt, empfinden wir ganz anders als gegenüber einem Tierquäler. Das Bewußtsein von der Beeinträchtigung gehört also zur vollen Schuld.

Wenn wir uns dies vor Augen halten, so ergibt sich uns unmittelbar, welche Bedeutung dem Irrtum über durch „Kulturnormen" aufgestellte Pflichten zukommt. Handlungen, die gegen diese Pflichten verstoßen, verletzen nicht unmittelbar jenen in einer fremden Individualität entgegentretenden objektiven Willen; diese Pflichten bestehen nicht unabhängig von der Existenz einer Gemeinschaft, sondern es sind Regeln der Sitte, d. h. des in der Gemeinschaft Ueblichen, die die Gemeinschaft als „wertbetont" empfindet, d. h. denen sie eine absolute Gültigkeit jenseits alles bloß Zweckhaften beilegt. Diese Normen bestehen also nur durch den Willen der Gemeinschaft; dieser manifestiert sich in ihnen; er also wird durch ihre Uebertretung verletzt. Aber unsittlich ist eine solche Verletzung nur, wie wir sahen, soweit sie freiwillig und mit Bewußtsein begangen wurde. Wer ein Tier quält, der weiß, daß er ein lebendes, wollendes Geschöpf mißhandelt; in unserer Terminologie, er weiß damit, daß er den objektiven Willen, der ihm in einem einzelnen Lebewesen entgegentritt, verletzt. Wer mit seiner

[1]) Vgl. „Rechtsphilosophie" (Enzycl. Kohlrausch-Kaskel 1922) S. 38.

[2]) Sie sind bloß zweckmäßiges, allgemeines Uebereinkommen und haben mit „Kultur", an der M. E. Mayer selbst richtig das Kennzeichen der Wertbetontheit hervorhebt, nichts zu tun.

Stieftochter geschlechtlich verkehrt, unwissend, daß das verboten ist, der erhebt nicht seine Willkür über den objektiven Willen, der ihm in der Forderung der Gemeinschaft, eine solche Handlung zu unterlassen, entgegentritt; er mißachtet diesen Willen nicht, weil er ihn nicht kennt; er ist sich der Tragweite seiner Handlung nicht bewußt. Er ist, wie wir sehen werden, nicht von jedem Schuldvorwurf frei; aber als eigentliche Unsittlichkeit und Schlechtigkeit werden wir seine Handlungsweise doch nur dann werten, wenn er bewußt sich über die sittlichen Anschauungen der Gemeinschaft, in der er lebt, hinweggesetzt hat. Eine derartige Handlung ist also nicht an sich unsittlich schon durch die Kenntnis des unmittelbar im Angriffsobjekt, der fremden Individualität, sich manifestierenden, objektiven Willens, wie bei der oben behandelten Deliktsklasse, sondern bloß mittelbar, infolge einer der Handlung nicht immanenten, sondern von außen kommenden Beurteilung, indem durch ihre Vornahme der sie verbietende Wille der Gemeinschaft gekränkt wird.

Aus alledem folgt, daß der Hinweis Merkel's[1]) auf die an sich (ohne Rücksicht auf die Beurteilung der Tat durch die Umwelt und die Kenntnis des Täters von dieser Beurteilung) bestehende Pflichtwidrigkeit der schlechten Tat für die Delikte der ersten Klasse zutrifft, sich aber auf die Delikte der in diesem Paragraphen behandelten zweiten Klasse nicht übertragen läßt. Ebenso steht es mit dem entsprechenden Argument v. Bar's. Nur wer eine an sich pflichtwidrige Handlung für erlaubt hält, zeigt darum Schlechtigkeit des Charakters, nicht dagegen, wer eine Handlung für erlaubt hält, der nur das Urteil der Gemeinschaft, die Sitte, den Stempel der Pflichtwidrigkeit aufprägte[2]).

Dennoch ist die Ansicht v. Bar's und Merkel's auch der zweiten Deliktsklasse gegenüber nicht ganz falsch. Denn wie schon bemerkt, von jedem Schuldvorwurf frei ist der Täter hier auch dann nicht, wenn er von der Beurteilung, die die Gemeinschaft einer Tat, wie der seinen, entgegenbringt, nichts wußte. Jemand hat mit seiner Stieftochter geschlechtlich (nehmen wir an, ehelich) verkehrt und beteuert hoch und heilig, nicht gewußt zu haben, daß das verboten ist.

---

[1]) aaO.

[2]) Nur für die erste Deliktsklasse können sich v. Bar (aaO.; vgl. auch Ger. S. 74, S. 295) und Liepmann (aaO.) auf Aristoteles berufen. Lasson übersetzt *τὰ καθόλου* ganz richtig mit „allgemeine sittliche Vorschriften" (ebenso Loening aaO.). Daß dies von Aristoteles wirklich gemeint ist, ergibt sich eindeutig aus Nikom. Ethik III 5, § 8, welche in der Uebersetzung von Stahr lautet: „Ja, selbst unser Nichtwissen bestraft man, sobald es sich herausstellt, daß der Handelnde schuld an seiner Unwissenheit ist. . . . . desgleichen, wenn jemand irgend eine gesetzliche Bestimmung nicht kennt, die er wissen muß und die zu wissen nicht schwer ist, so bestraft man ihn". Der Irrtum betreffend *τὰ καθόλου* war immer unbeachtlich.

Mit welchen Empfindungen nehmen wir einen solchen Sachverhalt auf?[1]). Von einem Gefühl des Abscheues, wie wir es den Taten der ersten Klasse gegenüber ohne alle Rücksicht auf die Pflichtkenntnis des Täters haben, kann hier, wenn wir die Entschuldigung für glaubhaft halten, keine Rede sein. Es überkommt uns ein eigentümlich zwiespältiges Gefühl des Mißtrauens, der Bedenklichkeit, der Antipathie; wir werden den Betreffenden nicht für einen geradezu unsittlichen, wohl aber für einen sozial unzuverlässigen, bedenklichen Charakter halten. Dieses Gefühl bedarf einer näheren Erklärung; denn selbst wenn jemand eine so völlig allgemeine Anschauung nicht kennt, wie daß die Erde sich um die Sonne dreht, werden wir ihn doch nicht für einen sozial unzuverlässigen Charakter, sondern nur für im höchsten Grade ungebildet und einfältig halten. Weshalb kommen wir in unserem Falle zu einem anderen Urteile?

Daß die Erde sich um die Sonne dreht, wie daß der Geschlechtsverkehr mit Stiefkindern unseren sittlichen Vorstellungen zuwiderläuft, beides sind Anschauungen, die der in einer zivilisierten Kulturgemeinschaft aufwachsende Mensch ganz von selbst aufnimmt; er „atmet sie mit der Luft ein, deren er bedarf"[2]). Hat er sie als erwachsener Mensch im einzelnen Falle nicht, so läßt das mit Sicherheit darauf schließen, daß die geistigen Organe, mit denen der normale Mensch eine solche Kenntnis ganz selbstverständlich erlangt, bei ihm irgendwie, sei es nur durch Anlage oder auch durch Mitschuld der Umstände, unter denen er aufwuchs, schlecht ausgebildet sind. Dieses geistige Organ ist im einen Falle der Intellekt, im anderen der soziale Instinkt. Auch ein nur mit geringem Verstande ausgestattetes, wenn nur zurechnungsfähiges Mitglied der Gemeinschaft wird ohne weiteres und sicher die diese beherrschenden sittlichen Anschauungen sich zu eigen machen, wofern nur sein sozialer Instinkt funktioniert, d. h. in diesem Falle, ein natürliches Bestreben in ihm vorhanden ist, sich die Wertungen, die das Leben der Gemeinschaft beherrschen, zu eigen zu machen. Ja, gerade der einfältige und beschränkte Mensch wird hier leicht des Guten zuviel tun, weil bei ihm die Unfähigkeit zu geistiger Selbständigkeit, zu eigenem Urteil oft zu einer Art Herdentrieb führt, wo der Einzelne sich ganz an das Urteil der Gemeinschaft anzulehnen sucht, welches ihm der einzige und absolut zuverlässige Maßstab zu sein dünkt, so daß er es begierig einsaugt, selbst mit allen seinen Sonderbarkeiten, seinen oftmals engen und abergläubischen Vorstellungen, seinen Vorurteilen, es sich ganz zu eigen macht und auf dem I-Tüttelchen besteht und so zum Hindernis wird für eine

---

[1]) Um auch diese Deliktsklasse, zu deren Aufstellung Heims (aaO.) bei seinem rein psychologischen Verfahren nicht gelangen konnte, nach seiner Methode zu betrachten.

[2]) Binding „Normen" II S. 149.

freiere Entwicklung. Daher pflegt denn auch der Ungebildete diese sittlichen Anschauungen nicht weniger zu kennen als der Gebildete. Nur deshalb werden derartige Fälle von Unkenntnis bei Ungebildeten häufiger sein, weil wir in den ungebildeten Schichten öfters ein sozial bedenkliches Milieu antreffen. Ob es nun ursprünglicher Charakteranlage oder aber diesem Milieu zuzuschreiben ist, in jedem Falle läßt solche Unkenntnis auf eine schlechte Ausbildung des sozialen Instinkts schließen.

Das ist die richtige Beobachtung, die der objektiven Theorie auch noch bei dieser Deliktsklasse zugrunde liegt. Jedoch wird ihr hier mit Recht der Vorwurf gemacht, daß sie, obwohl nur eine Art Fahrlässigkeit des Täters gegeben ist, wegen vorsätzlicher Begehung straft[1]). Nach v. Bar[2]) soll die Unkenntnis der Pflicht auf einen „antisozialen Charakter", auf „rechtsverachtende Gesinnung" schließen lassen. Das sind offenbar viel zu harte Worte, die aus einer an sich richtigen Beobachtung einen ganz gewaltsamen Schluß ziehen. Wie wir gesehen haben, kann die Diagnose in diesen Fällen nur auf soziale Unzuverlässigkeit, nicht geradezu auf Antisozialität lauten[3]). — Klee[4]) hält sich von derartigen Gewaltsamkeiten frei, weil sein Standpunkt ihn der Bemühung um den Beweis überhebt, daß die Nichtberücksichtigung des Verbotsirrtums in allen Fällen dem Verschuldensprinzip gerecht werde. Nach ihm hat, wer sich um die sittlichen Anschauungen der Gemeinschaft nicht kümmert, eben die Folgen zu tragen, die mit ganzer Schärfe und ohne Nachsicht eintreten; und das ist gerecht, weil der Einzelne zur höchsten Anspannung verpflichtet ist, um seinen sozialen Pflichten zu genügen. Hierin liegt ein Rigorismus, dem ein großer Zug nicht ganz abzusprechen ist. Aber er ist nicht zeitgemäß. Die Gemeinschaft, der gegenüber der das einzelne Individuum als ganz bedeutungslos, nur im Dasein für ihre Zwecke seine Existenzberechtigung findend erscheint, sie gehört früheren Zeiten an. Unser Zeitalter des entwickelteren Einzelbewußtseins erkennt zwar nicht mehr das Individuum als alleinigen Selbstzweck an (dies war eine heute noch nachwirkende Verirrung des 19. und des ausgehenden 18. Jahrhunderts), aber es sieht zwischen Gemeinschaft und Individuum eine Gegenseitigkeit dergestalt, daß das Individuum seine Bestimmung in der sozialen Gemeinschaft findet, diese aber auch letzten Endes um der Individuen willen existiert. Damit stehen sich Individuum und Gemeinschaft gleichberechtigt gegenüber. Indem Klee

[1]) So u. a. v. Hippel in V. D. A. S. 558; Binding, Ger. S. 87, S. 121; Beling „Unschuld" S. 32; vgl. M. E. Mayer, Z. St. W. 32, S. 503 f.

[2]) aaO. S. 397.

[3]) Es handelt sich um „Gesellschaftsgleichgültigkeit", nicht um „Gesellschaftsfeindlichkeit" (Hegler Z. St. W. 36 S. 220).

[4]) aaO.

die gegen die Gemeinschaft begangene Fahrlässigkeit schon wie Vorsatz strafen will, leugnet er bewußt eine solche Gleichberechtigung [1]).

Es ist klar, daß dieser Vorwurf des mangelnden sozialen Instinkts mit dem gewöhnlichen Schuldvorwurf bei Fahrlässigkeit eine große Aehnlichkeit hat. Sind beide Vorwürfe identisch oder was ist sonst ihr Verhältnis zueinander?

In der Wissenschaft besteht hier die allergrößte Unklarheit. In den in § 2 erwähnten Besprechungen des Entwurfs von 1925 wird mehrfach hervorgehoben (so von Mezger und v. Lilienthal), daß das legislatorische Problem bei der Rechtsfahrlässigkeit, besser Verbotsfahrlässigkeit, anders liege als bei der Fahrlässigkeit sonst, daß der Fahrlässigkeit im einen Falle eine andere Bedeutung zukomme als im anderen; welche Bedeutung, wird nicht gesagt. Auch v. Hippel [2]) meint: „Die Fälle liegen vom Schuldstandpunkte verschieden." Als Begründung gibt er nur den Satz: „Das eine Mal lautet der Vorwurf: Du hättest die schädlichen Folgen deines Tuns besser übersehen sollen, das andere Mal: Du hättest die Rechtswidrigkeit deines Tuns angesichts der klar erkannten schädlichen Folgen übersehen sollen". Rümelin [3]) stützt seine ähnliche Ansicht noch durch ein Beispiel: „Man braucht nur daran zu denken, wie anders der Verletzte reagiert, wenn man ihm sagt: Ich wollte dich gar nicht verletzen, als wenn man sich entschuldigt: Ich glaubte, dich verletzen zu dürfen". Beling [4]) zitiert Rümelin zustimmend. v. Bar [5]) und Klee [6]) bemerken, der Begriff der Fahrrlässigkeit paßte gar nicht recht auf die Verbotsfahrlässigkeit, die sie damit im wesentlichen abgetan zu haben glauben. — Von zwei Autoren wird ein Ansatz zur begrifflichen Bestimmung der Verbotsfahrlässigkeit gemacht. v. Hippel [7]) und Beling [8]) erklären, der Vorwurf bei Verbotsfahrlässigkeit wie der Vorwurf bei Fahrlässigkeit auch sonst, laute auf „pflichtwidrige Unvorsichtigkeit" bezw. „ungenügende Aufmerksamkeit", wodurch sich wenigstens Beling mit sich selbst in Widerspruch setzt, da er in der gleichen Schrift — „Unschuld" S. 56 — den Standpunkt vertritt, daß bei Tatfahrlässigkeit und

[1]) Den umgekehrten Fehler macht Gerland, wenn er (wie § 5 a. E. zitiert) von der „Würde der Persönlichkeit" spricht, die verlange, daß nur die eigene Pflichtkenntnis des Täters dem Urteil über ihn zugrunde gelegt werde. Die Würde einer Persönlichkeit ist abhängig von ihrer sittlichen Anschauung; der Tierquäler hat sie preisgegeben; beim sozial Instinktschwachen ist sie beeinträchtigt. Gerlands Ansicht opfert die sittlichen Werte der Gemeinschaft zu Gunsten subjektiver Willkür.

[2]) L. Z. 12, Jg. (1918) Sp. 1034.

[3]) „Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht" (1909) S. 28.

[4]) „Unschuld" S. 56.

[5]) Ger. S, 74, S. 283—85.

[6]) aaO. S. 63.

[7]) In „V. D. A." S. 558.

[8]) „Unschuld" S. 41,

Verbotsfahrlässigkeit der Schuldvorwurf verschieden sei, während v. Hippel eine solche Verschiedenheit erst später vertrat (s. oben S. 46 Nr. 7.

Das ist so ungefähr alles, was die Untersuchung des Problems bisher zutage gefördert hat[1]). Was sonst an Erörterungen vorliegt, beschränkt sich auf die praktische Seite der Frage; es sind Hinweise darauf, daß die Verbotsfahrlässigkeit durchaus strafwürdig sei, daß willkürliche Unterstellungen der Pflichtkenntnis die Folge sein würden, wenn man den Richter nur vor die Alternative stellte, entweder wegen vorsätzlichen Delikts zu strafen oder freizusprechen usw.[2]).

Das Gebiet ist also durchaus theoretisches Neuland. Sachlich ist folgendes zu bemerken:

Der Vorwurf bei Tatfahrlässigkeit lautet, darüber dürfte wohl Einigkeit bestehen, auf pflichtwidrige Unaufmerksamkeit oder auf Leichtsinn, d. h. vorwerfbar erscheint, daß der Täter entweder die Möglichkeit des Erfolgseintritts überhaupt nicht erkannte oder die Möglichkeit der Erfolgsvermeidung zu günstig beurteilte. Mithin bezieht sich der Vorwurf bei der Tatfahrlässigkeit entweder auf die Unterlassung oder auf die pflichtwidrige Vornahme eines bewußten Willensaktes, nämlich die pflichtwidrige Beurteilung des Erfolgseintritts. Wie v. Hippel und Beling (vgl. oben) auch das Wesen der Verbotsfahrlässigkeit in pflichtwidriger Unaufmerksamkeit zu sehen, ist offenbar verkehrt. Bei gehöriger Aufmerksamkeit wäre die Unerlaubtheit der Handlung erkannt worden? Erkennen heißt entweder sinnlich wahrnehmen und die von den Sinnen gelieferten Data erst zu bildenden oder schon vorhandenen Begriffen unterordnen oder bloß die Beziehung verschiedener Begriffe zu einander, d. h. das Verhältnis der ihnen entsprechen-

---

[1]) Die Ansicht Bindings (Normen II S. 143 f., Ger. S. 87, S. 124 f.) und Oetker's („Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums" S. 50), die fahrlässig unterlassene Kenntnisnahme von der Rechtspflicht verdiene allgemein als ein einzelnes Sonderdelikt behandelt zu werden, glaube ich übergehen zu dürfen. Sie ist offensichtlich unhaltbar. Wäre sie richtig, könnte es auch nur ein einziges Sonderdelikt der Tatfahrlässigkeit geben, nämlich die Verletzung der allgemeinen Pflicht zur Aufmerksamkeit und Vorsicht. Bindings Meinung zeigt nur, wie wenig die Normentheorie imstande ist, die nach dem Angriffsobjekt wechselnde Verschuldung und verschieden große Bestrafung zu erklären. Bei Binding ist dieses Angriffsprojekt ja stets nur das Recht des Staates auf Botmäßigkeit; dieses Recht ist im Falle der „Rechtsfahrlässigkeit" nach Binding's erwähnter Ansicht nur abgeschwächt zum Recht des Staates auf Kenntnisnahme von seinen Geboten (Normen II, Seite 235 ff.). Indem B. für die Verletzung dieses Rechts nur eine einzige Strafe fordert, enthüllt er unvorsichtig, daß er konsequenterweise auch für die Verletzung des staatlichen Rechts auf Botmäßigkeit nur eine stets gleiche Strafe fordern dürfte. Sein Angriff schlägt also gegen ihn selbst zurück.

[2]) Vgl. die § 2 zit. Bespr. d. Entw.; ferner Köhler „Rechtsirrtum" S. 118; Lobe, L. Z. 1916, Sp. 727; Dohna „Recht und Irrtum" S. 18 ff.; und besonders Rümelin, Z. St. W. 41, S, 485 ff.; v, Hippel „Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" (1924) S. 14 f.

den Komplexe in der Wirklichkeit, feststellen[1]). Habe ich unterlassen, zu erkennen, so habe ich also den bewußten Willensakt entweder der Wahrnehmung und Begriffsbildung oder bloß eines In-Beziehung-Setzens von Begriffen unterlassen. Das setzt also voraus, daß ich entweder die Begriffe schon vollständig im Kopfe habe und mir nur über ihre Beziehung zu einander noch nicht im klaren bin, oder daß ich die Gelegenheit habe, mir durch sinnliche Wahrnehmung weiteres Erfahrungsmaterial zu beschaffen. Wenn A in Unkenntnis der Unerlaubtheit seiner Handlungsweise mit seiner Stieftochter geschlechtlich verkehrt, so weiß er nicht, daß der Begriff „Geschlechtsverkehr mit der Stieftochter" das Kriterium der Unerlaubtheit aufweist, er kennt diesen Begriff nicht vollständig. Durch welche Wahrnehmung sollte er sich aber neues Erfahrungsmaterial beschaffen und beschaffen können, um zu einer Kenntnis jenes Kriteriums zu gelangen? Unaufmerksamkeit könnte man A also höchstens dann vorwerfen, wenn er unterlassen hätte, die bei ihm tatsächlich vorhandene Vorstellung, „der Geschlechtsverkehr mit der Stieftochter ist erlaubt", auf seine eigene Handlung zur Anwendung zu bringen. Ueber diesen Fall wird an anderer Stelle (im 2. Teil) gehandelt werden. Hier haben wir es aber mit dem Fall zu tun, daß jene Vorstellung tatsächlich nicht vorhanden war.

Dies gerade machen wir dem Manne zum Vorwurf. Aber doch nicht in der Form, daß wir tadeln, daß er nicht unmittelbar vor der Handlung sich durch einen bewußten Willensakt über ihre Erlaubtheit oder Unerlaubtheit vergewisserte[2]) womit wir das Verlangen stellen würden, auf Schritt und Tritt bei allem Tun und Lassen zuverlässige Rechtsgelehrte zu befragen); sondern wir tadeln, daß der Täter im Laufe seines bisherigen Lebens — nicht die Kenntnis von der Unerlaubtheit einer solchen Tat sich nicht verschafft, vielmehr — diese Kenntnis nicht ganz von selbst erlangt hat, d. h. eben als ein Mensch von ungenügend ausgebildetem sozialem Instinkt sich darstellt. Verbotsfahrlässigkeit und Tatfahrlässigkeit verhalten sich also wie Instinkt und bewußter Wille. Dort zeigt sich der Instinkt, hier der bewußte Wille als sozial unzuverlässig. Aus dieser Ueberlegung folgt aber, daß die Verbotsfahrlässigkeit in der hier behandelten Klasse von Delikten durchweg, die Tatfahrlässigkeit dagegen nur in besonderen Fällen strafwürdig ist (abgesehen davon, daß bei

[1]) Beispiel: Ich erkenne den Zweck eines bestimmten Möbels; das bedeutet, ich subsumiere den optischen Eindruck, den ich erhalte, z. B. unter den Begriff des Stuhles, setze diesen Begriff in Beziehung zum Zweckbegriff und gelange so zum Begriff des Sitzens.

[2]) Selbst Binding's „rechtliche Pedanterie" (vgl. ob. § 9) kann nur eine Anspannung der Denkkraft" (Normen II, S. 238) verlangen, d. h. daß der Handelnde die ihm in abstracto bekannte Rechtmäßigkeit seines Verhaltens sich in concreto auch vor Augen führe. Daß man sich vor jeder Handlung über ihre generelle Rechtmäßigkeit erkundige, fordert auch Binding nicht. Hier, meint er, ist zu einem Verschulden überhaupt nur auf dem Umwege über jenes Sonderdelikt (Normen II, S. 143 f.; vgl. oben) zu gelangen.

vielen Delikten begrifflich nur eine Verbotsfahrlässigkeit möglich ist). Denn die pflichtwidrige Unvorsichtigkeit ist nicht immer als „sozial bedenklich" zu bewerten, sondern nur dann, wenn sie gegenüber Rechtsgütern stattfindet, denen gegenüber eine besondere Aufmerksamkeit am Platze ist, oder unter Umständen, die wegen ihrer Gefährlichkeit eine besondere Sorgfalt des Verhaltens zur Pflicht machen. So ist einerseits fahrlässige Tötung und Körperverletzung, andererseits fahrlässige Brandstiftung und Ueberschwemmung strafbar. Nicht dagegen erscheint fahrlässige Sachbeschädigung im allgemeinen strafwürdig; die Köchin, die einen Teller zerbricht, handelt zwar zweifellos pflichtwidrig und unvorsichtig, aber gegenüber einem Rechtsgut, bezüglich dessen solche Unvorsichtigkeit zwar bedauerlich, aber nicht sozial bedenklich erscheint; gegenüber einem solchen Vorfalle sagen wir: „So etwas kann vorkommen". Wir finden uns mit derartigen Versehen ab. Eine andauernde, höchste Anspannung des Bewußtseins, der Aufmerksamkeit verlangen wir nicht und können wir nicht verlangen. Einen ungeschickten Kerl werden wir uns tunlichst vom Leibe halten; aber — „Ungeschicklichkeit ist kein Charakterfehler". Bedrohlich wird es erst, wenn ein Mensch auch angesichts einer Gefahrenmöglichkeit für die kostbarsten Güter, für Leben und Gesundheit von Mitmenschen sich nachlässig zeigt, oder unter Umständen, deren typische besondere Gefährlichkeit ihm bekannt sein muß, sich nicht in acht nimmt. Insofern ist Tatfahrlässigkeit stets nur ausnahmsweise, eben im Falle ganz besonderer Gefährlichkeit strafwürdig und wird wohl auch in allen entwickelten Rechtssystemen nur ausnahmsweise mit öffentlicher Strafe belegt [1]).

Anders liegt es bei der Verbotsfahrlässigkeit. Hier ist der Grund. der zur nur ausnahmsweisen Bestrafung der Tatfahrlässigkeit führt, eben, daß wir eine dauernde höchste Anspannung des Bewußtseins nicht verlangen können, nicht vorhanden; nicht das mangelhafte Arbeiten des bewußten Willens, sondern das Versagen des sozialen Instinkts wird bestraft. Und hier besteht gar kein Anlaß, irgendwelche wertbetonten Vorstellungen der Gemeinschaft vor den übrigen zu bevorzugen. Wenn ich glaube, meine geringwertige Sache auf Kosten einer fremden, mir als kostbar bekannten im Notstand erhalten zu dürfen, so habe ich eine andere Vorstellung von den Notstandsbefugnissen, als sie unserer sozialen Gemeinschaft naturgemäß und allein richtig erscheinen; zerstöre ich die fremde Sache, so bin ich nicht ungeschickt gewesen; man wird mich nicht entschuldigen: „so etwas kann vorkommen", sondern man wird mich tadeln, daß ich die allgemein bekannten Grenzen einer bestimmten Befugnis zu meinen Gunsten falsch beurteilte; man wird mich für

[1]) Darum verfehlt der Vorschlag Ebermayer's — L. Z. 12, Jg. (1918) Sp. 801 ff. — die Notwendigkeit der Scheidung zwischen den Irrtümern durch generelle Bestrafung jeder, auch der gewöhnlichen Fahrlässigkeit zu umgehen, Gegen ihn v. Hippel, L. Z. 12. Jg. Sp. 1032 ff.; Dohna „Recht und Irrtum" S. 19.

sozial unzuverlässig halten: ich erscheine strafwürdig. Und das ist überall ebenso, wo immer ich Pflichten und Befugnisse [1]), die die Gemeinschaft als integrierende Bestandteile der Kultur ansieht, zu meinen Gunsten falsch beurteile. Immer erscheint mein sozialer Instinkt fragwürdig. Dagegen ist die Qualität meines bewußten Willens eben nur dann bedenklich, wenn es sich um besondere Gefahren handelt, denen gegenüber ich leichtsinnig oder unvorsichtig bin [2]).

Demnach hat man nicht die rechte Einsicht in das Wesen der Sache, wenn man, wie Beling [3]), und, wenn auch nicht den Worten, so doch dem Sinne nach, auch Rümelin [4]), den Unterschied im wesentlichen darein setzt, daß die Verbotsfahrlässigkeit schwerer wiege als die Tatfahrlässigkeit. Es sind zwei gänzlich verschiedene Arten der Fahrlässigkeit, von denen die eine eben immer, die andere nur unter bestimmten Umständen strafwürdig erscheint. In Fällen aber, wo sowohl Tatfahrlässigkeit wie Verbotsfahrlässigkeit strafwürdig sind, kann es sehr wohl vorkommen, daß die Tatfahrlässigkeit einmal schwerer wiegt als die Verbotsfahrlässigkeit [5]), Wer z. B. grobfahrlässig einen Menschen verletzt, wird schwerer zu strafen sein, als der Bestohlene, der einen Jungen, der ihn bestohlen hat, verprügelt, im Glauben, dazu berechtigt zu sein [6]).

Es sind zwei gänzlich verschiedene Arten der Fahrlässigkeit: Das besagt auch, daß die Maßstäbe für die Tatfahrlässigkeit für die Verbotsfahrlässigkeit nicht zur Anwendung kommen können. „Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" ist ein Begriff, der augenscheinlich auf die Verbotsfahrlässigkeit gar nicht paßt. Wie stellt man fest, wann der Verbotsirrtum entschuldbar ist, wann nicht? Nicht entschuldbar ist der Irrtum, der auf mangelhafte Ausbildung des sozialen Instinkts schließen läßt; als ein solcher Irrtum ist aber, wie oben ausgeführt, jeder Irrtum über Kulturnormen zu betrachten, d. h. jeder Irrtum in der hier behandelten Deliktsklasse. Mithin

[1]) Die Gleichstellung der Befugnisse wird hier behauptet, im Zweiten Teil folgt der Beweis.

[2]) Diese prinzipielle Verschiedenheit der Fälle übersieht gänzlich die Begründung des Entwurfs von 1925, die erklärt, die durchgängige Bestrafung der Verbotsfahrlässigkeit „steht zu dem Grundsatz, daß die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bei Verbrechen und Vergehen die seltene Ausnahme bilden soll, im Widerspruch". Unverständlich das weitere Argument; „Eine solche Regelung würde die Strafbarkeit gegenüber dem geltenden Rechte bedeutend erweitern". Bisher trat doch bei Verbotsirrtum volle Strafe ein!

[3]) „Unschuld" S, 56.

[4]) „Verschulden" S. 28.

[5]) Insofern ist Binding's Angriff gegen Rümelin und Beling (Ger, S; 87 S. 127 f.) nicht ganz unberechtigt, wenn auch das Beispiel, welches er bringt (S. 128) durchaus unstatthaft ist. Er vergleicht eine grobfahrlässige Tötung mit der „vermeintlich erlaubten Tötung eines vor Schmerzen halb Wahnsinnigen, der stürmisch den Tod fordert". Ueber die Untauglichkeit derartiger Fälle als Beispiele vgl. unt. — — Gegen die sonstigen Ausführungen Binding's (aaO.) treffend Rümelin Z. St. W. 41, S. 495 ff.

[6]) R. G. St. 4, S. 99 ff,

kann es für Mitglieder der einzelnen Kulturgemeinschaft, d. h. für Inländer, einen entschuldbaren Irrtum über Kulturnormen gar nicht geben. Ihnen ist es stets vorzuwerfen, wenn sie die Normen, die das sittliche und soziale System der Gemeinschaft bilden, nicht kennen. Nur bei Ausländern ist die Unkenntnis unter Umständen verzeihlich.

Man lasse sich in dieser Erwägung nicht irre machen durch Fälle, wie die Gewährung der Euthanasie seitens des Arztes[1]). Wir sind hier freilich geneigt, den Irrtum für verzeihlich zu halten, und er ist auch genau so verzeihlich — wie die in Kenntnis der Unerlaubtheit vorgenommene Tat. Die Anomalie rührt hier daher, daß sich in einem solchen Falle die juristische Formel dem gewandelten ethischen Empfinden noch nicht angepaßt hat. Wenn wir — theoretisch! — den menschenfreundlichen Arzt, der die Verbotenheit seines Tuns kannte, wegen Mordes bestrafen, d. h. so tun, als wäre seine Tat eines jener verabscheuungswürdigen Verbrechen, um derentwillen die Bestimmung über Mord geschaffen wurde, so müssen wir, da der Irrtum hier doch an der Schuldbewertung gar nichts ändert, diese Fiktion auch gelten lassen, wenn der Arzt die rechtliche Verbotenheit seines Verhaltens nicht kannte. Da der Mord zur ersten Deliktsklasse gehört, ist der Irrtum über sein Verbotensein ohne Bedeutung. Weshalb sollte auch, wenn der humane Arzt, der den Standpunkt des Gesetzesbuchstabens kennt, zum Tode verurteilt wird, der nicht humanere Arzt, der die Gewährung der Sterbehilfe für rechtlich erlaubt hält, wegen dieses für die Frage der Verschuldung ganz belanglosen Irrtums freigesprochen werden? Der Fehler ist anderswo zu suchen als auf dem Gebiete des Verbotsirrtums.

Aehnlich liegt es in all den Fällen, wo auf den ersten Blick der Irrtum über das Verbotensein entschuldbar zu sein dünkt. Man kann mit M. E. Mayer[2]) fragen, ob es dem Bauern, dem ein Junge mehrmals Aehren stahl, nicht erlaubt sein sollte, den Jungen zu züchtigen. Aber man darf nicht den Irrtum in solchen zweifelhaften Fällen schlechthin als entschuldbar behandeln. War im obigen Falle gewiß, daß hinter dem formell zur Anwendung kommenden Paragraphen eine Kulturnorm nicht mehr stand, so ist in diesem Falle das Bestehen einer Kulturnorm zweifelhaft. Wir konnten im ersten Falle nur von der gesetzlichen Bestimmung ausgehen; wir müssen es umsomehr hier. Die Meisten werden wohl in einem solchen Falle der Ansicht sein: Der Mann mußte wissen, daß er den fremden Jungen, der ihn bestohlen hatte, der Polizei übergeben, aber nicht als sein Erzieher auftreten, ihn nicht verprügeln durfte. Einige werden gegenteiliger Auffassung sein; jene würden als Richter den Mann verurteilen; diese würden ihn freisprechen.

---

[1]) Ich denke hier nur an Fälle, wo der baldige qualvolle Tod des Kranken unbedingt sicher erscheint.

[2]) Allg. T. S. 326, N. 28.

Irgendwelche objektiven Maßstäbe gibt es hier nicht und kann es der Natur der Sache nach gar nicht geben[1]). Eine völlige Willkür der Entscheidungen wäre die Folge. Kannte der Mann die Unerlaubtheit seines Verhaltens, so würde ihn jedes Gericht, wie die Sache liegt, sehr milde bestrafen. Kannte er sie nicht, so würde er auf Grund seines Verbotsirrtums mit einer oder wenigen Mark Geldstrafe davonkommen. Wenn wir in einem Falle, wo die Anmaßung eines Züchtigungsrechts unzweifelhaft der Kulturnorm widerspricht, bei Verbotskenntnis das Verschulden gleich 100, bei Verbotsirrtum gleich 30 annehmen, so wäre in diesem Falle auf Grund der Zweifelhaftigkeit der Kulturnorm bei Verbotskenntnis das Verschulden gleich 10, bei Unkenntnis gleich 3. Daß der Irrtum so entschuldbar scheint, rührt daher, daß die bei Verbotskenntnis vorgenommene Tat so entschuldbar ist, nicht daher, daß dem Irrtum in diesem Falle eine besondere Qualität beiwohnt. Dies, daß der Irrtum nur relativ zu dem Delikt, wie es sich bei Verbotskenntnis darstellt, gewertet werden darf, muß man nachdrücklich festhalten[2]).

Eine Bestimmung aber speziell über die Entschuldbarkeit des Verbotsirrtums bei Ausländern halte ich für überflüssig. Es dürfte genügen, wenn die Gründe hier einen Hinweis enthalten. Da die kulturellen Anschauungen der zivilisierten Welt doch im wesentlichen gleichartig sind, wären die Fälle, die wirklich Straffreiheit verdienen, außerordentlich selten[3]). Nötigenfalls wäre leicht durch Begnadigung zu helfen. Im Uebrigen würde die Frage aber kaum sehr dringend werden, weil durch die allgemeine Bestimmung über Verbotsfahrlässigkeit doch schon eine weitgehende Möglichkeit zur Strafmilderung bestände.

Eine solche weitgehende Möglichkeit wäre zu schaffen; man sollte mit der Herabsetzung des Strafrahmens für die Verbotsfahrlässigkeit nicht zu engherzig sein. Eine Herabsetzung etwa bloß wie bei der Versuchs- oder Teilnahmestrafe würde keinesfalls genügen. Die Zuchthausstrafe müßte selbstverständlih fortfallen. Maßgebend muß sein, daß es sich um eine Fahrlässigkeitsstrafe handelt[4]).

Zum Schluß wieder eine historische Bemerkung: Die Praxis der Postglossatoren hat gerade in den hierfür gehörigen Fällen, zum Teil sogar noch darüber hinaus, bei Einwand des Verbotsirrtums die Kenntnis des Verbots präsumiert und dann mit gemtldeter (Culpa-lata-)Strafe gestraft, was bei allen Delikten möglich war, die nicht zu den ausschließlichen Dolusverbrechen gehörten, welche seltenen Fälle fast nur Delikte bestrafen, wo eine Unkenntnis des

---

[1]) Vgl. dazu auch v, Bar „Gesetz und Schuld“ II, S. 392 f.

[2]) Vgl, hierzu die ergänzenden Ausführungee in § 20.

[3]) Der sagenhafte Kongoneger, der in Deutschland ahnungslos über unsere Sitten und Gebräuche, eine zweite Frau nimmt und wegen Bigamie angeklagt wird, hat bisher nur in Lehrbüchern existiert,

[4]) Sn auch v. Hippel «Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit“ S, 15.

Verbots schlechthin unglaubhaft erschien (z. B. Ehebruch)[1]). Sie haben also diesen Fällen gegenüber bereits das instinktiv gefunden und verwirklicht, was hier in theoretischer Untersuchung als das allein Richtige nachgewiesen wurde. — Die Praxis der Römer in diesem Falle ist noch nicht klargestellt[2]), dem Verbotsirrtum gegenüber noch nachsichtiger als die Postglossatoren sind sie gewiß nicht gewesen.

Aus der Neuzeit verdient Beachtung die Regelung, die der Verbotsirrtum im Codex juris Canonici (1917) erfahren hat. Dieser straft bei Verbotsirrtum nach dem Grade der Schuldhaftigkeit der Unkenntnis verschieden (§ 2202). Dies ist allzu unbestimmt und theoretisch nicht korrekt, denn der Täter muß bestraft werden nicht nach dem Grade der Schuldhaftigkeit des Irrtums, sondern nach dem Grade der trotz des Irrtums bestehenden Schuldhaftigkeit seiner Handlung. Wer in Unkenntnis des Verbots Tiere quält, ist strafwürdig wegen der Verwerflichkeit seines Tuns, nicht wegen der Verwerflichkeit seiner Verbotsunkenntnis. Immerhin entspricht der Verwerflichkeit der Handlungsweise stets die Unverzeihlichkeit der Verbotsunkenntnis. Daher kann es kaum zweifelhaft sein, daß eine Praxis, die genötigt ist, mit einer solchen Bestimmung zu arbeiten, den Irrtum nicht bezw. nur für die Strafabmessung berücksichtigen würde in den Fällen, wo trotz Irrtums über die Unerlaubtheit der Tat Strafwürdigkeit besteht und dementsprechend der Irrtum Tadel verdient. Wie ich nachweise, ist aber die Vorwerfbarkeit des Tuns bei vorhandener Verbotsunkenntnis in allen Fällen nur davon abhängig, welcher Kategorie das nicht gekannte Verbot angehört. D. h. der Richter, der die Strafwürdigkeit im einzelnen Falle von Verbotsirrtum prüft[3]), wird zu einem Ergebnis kommen, das danach verschieden ist, zu welcher Klasse das übertretene Verbot zählt. Praktisch läuft also die Regelung des nach allgemeinem Urteil doch vorzüglich gearbeiteten Kodex auf dasselbe hinaus, was hier als sachlich angemessen nachgewiesen wird.

[1]) Vgl, Engelmann „Irrtum und Schuld" S, 102 f,, 126, 222, 226, 228, 304, 306 f.

[2]) Vgl, Binding „Normen" III, S. 60,

[3]) Für eine solche Prüfung fehlte es freilich bisher an den theoretischen Grundlagen; sie hätte sich unsicher und schwierig gestaltet. Die hier angestellten Untersuchungen geben mit der Einsicht, in die Bedeutung der Verbotsirrtümer für die Schuld erst einen festen Plan für ihre praktische Behandlung. Dabei verhält es sich keineswegs so, daß etwa der Versuch einer Rubrizierung der Irrtümer nach den einzelnen Deliktskategorien doch wieder auf eine Untersuchung der Entschuldbarkeit des Irrtums hinauslaufen würde. Vielmehr werden in dieser Arbeit durch eine solche Untersuchung hinsichtlich aller Arten von Irrtümern die allgemeinen Grundsätze für die Behandlung der verschiedenen Irrtümer gewonnen. Für die Handhabung dieser Grundsätze ist aber nur die Prüfung erforderlich, ob die in tatsächlicher Beziehung voll übersehene Handlung eine Beeinträchtigung fremder Individualität darstellt, oder ob, wie im folgenden Paragraphen näher auszuführen, das übertretene Verbot bloße positive Satzung ist. Und diese Prüfung ist durchaus einfach.

§ 11. Verstöße gegen positive Satzungen. Der Schuldvorwurf in der dritten Deliktsklasse.

In den ersten beiden Klassen sind erschöpfend alle Delikte enthalten, die irgendwie wertbetonten Vorstellungen der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Was übrig bleibt, ist die Verletzung nicht von Werten, sondern von bloßen Zwecken. Der Staat schützt aber nicht die Erreichung der Zwecke des Einzelnen durch das Strafrecht, sondern nur die Durchsetzung der Zwecke der Allgemeinheit. Die Verfolgung der reinen Zwecke der Allgemeinheit können wir unter den Begriffen „Ordnung" oder „Ordnung des Gemeinwesens" und „Verwaltung" zusammenfassen. Durch die Ordnung des Gemeinwesens werden Regeln aufgestellt für ein möglichst störungsloses Zusammenleben der einzelnen Individuen. Die Verwaltung bedeutet darüber hinaus die Organisation der gemeinschaftlichen Zwecke. Die Delikte der dritten Klasse sind also Zuwiderhandlungen gegen Anforderungen, die der Staat oder diejenigen öffentlichen Körperschaften, denen er einen Teil seiner Aufgaben übertragen hat, im Interesse der Ordnung des Gemeinwesens oder zum Zwecke der Verwaltung an den Einzelnen stellen. Und zwar kann es hier keinen Unterschied machen, von welcher Stelle und in welcher Form die die Pflichten aufstellenden Vorschriften erlassen sind, ob es sich um Verordnungen der Polizeibehörden oder der Regierung oder um Gesetze handelt. Ja, selbst im Strafgesetzbuch können derartige Vorschriften sich finden; so ist z. B. der bisherige § 291 eine speziell zu Zwecken des Militärfiskus, also im Interesse der Ordnung des Gemeinwesens erlassene Bestimmung.

Wenn Merkel und v. Bar, wie oben (§ 7) angeführt, nur zu Gunsten der Uebertretung von Polizeiverordnungen und dergleichen, der eine de lege lata, der andere bloß de lege ferenda Ausnahmen von ihrem prinzipiellen Standpunkt machen wollen, so ist diese Konzession offenbar viel zu gering. Wenn die gleiche, ethisch farblose Pflicht statt in einer Polizeiverordnung in einem Gesetze aufgestellt wurde, so wird damit die Zuwiderhandlung in Unkenntnis der Verbotenheit doch nicht zu einer „an sich pflichtwidrigen" Handlung, der Zuwiderhandelnde kein „innerlich Böser, der als solcher das Recht mißkennt" [1]).

Konnte Klee's Ansicht bei der zweiten Klasse von Delikten noch als „Rigorismus" hingehen, so wirkt sein prinzipieller Standpunkt, auf die dritte Deliktsklasse bezogen, schon fast barbarisch. Das Individuum ist nichts, erst durch die Hingabe an die Gemeinschaft, die Erfüllung seiner Pflichten ihr gegenüber wird es „etwas" [2]), schön und gut. Aber man darf unter der Gemeinschaft, der sich

[1]) v. Bar „Gesetz und Schuld" II S. 391.
[2]) a. a. O. S. 57.

der Einzelne aufzuopfern hat, doch nur die Gemeinschaft als Trägerin der Idee, des höchsten Wertes verstehen, aber doch nicht den sozialen Organismus, den Staat, als Institution zur Verfolgung nüchterner irdischer Zwecke. Wenn man schon sagen will, daß volles Verschulden vorhanden ist schon dann, wenn man sich nicht um die Erlangung vollständiger Kenntnis von den kulturellen Anschauungen der Gemeinschaft, in denen sich ihre sittliche Idee verkörpert, bemühte[1]), soll man die gleiche aufopfernde Beflissenheit vom Einzelnen auch für das Studium der Steuergesetze verlangen? Gewiß, auch in der Steuerforderung des Staates tritt uns der Wille der Gemeinschaft entgegen, dem wir uns zu unterwerfen haben; auch wer Steuern hinterzieht, erhebt seine subjektive Willkür über den allgemeinen Willen und handelt darum unsittlich; aber ist dieser allgemeine Wille denn hier etwas so Erhabenes, an sich Wertvolles, daß wir Strafe verdienen, wenn wir ihn nicht kennen? Klee macht aus diesem rein auf den Zweck gerichteten allgemeinen Willen einen Götzen, dem er den Einzelnen blindlings opfern will.

Hingegen hat die Normentheorie — das ist ihr nicht geringes und bleibendes Verdienst — diese Deliktsklasse im wesentlichen völlig richtig erfaßt. Hier besteht das Delikt wirklich in der Auflehnung gegen den staatlichen Willen, im Ungehorsam. Jedoch ist Binding dem Umstand nicht gerecht geworden, daß gerade bei den Verstößen gegen rein positive Satzungen die Pflicht zur Verschaffung der Rechtskenntnis eine besondere Bedeutung erlangt, und daß in vielen Fällen hier nicht nur der wissentlich Ungehorsame strafwürdig erscheint, sondern ebenso derjenige, der handelte, ohne sich um die geltenden Rechtsvorschriften zu kümmern. Diese Nachlässigkeit hat nun nichts mit dem Mangel des sozialen Instinkts zu tun, von dem im vorigen Paragraphen die Rede war. Vielmehr besteht, wenn etwa ein Hundebesitzer es unterließ, sich die Kenntnis der einschlägigen Polizeiverordnungen zu beschaffen, sein Verschulden in einem Mangel an Aufmerksamkeit und Sorgfalt; es handelt sich also wie bei der gewöhnlichen Tatfahrlässigkeit um einen Mangel des bewußten Willens[2]). Tatirrtum und Verbotsirrtum sind in dieser Deliktsklasse wirklich von fast gleicher Wesensart. Die bestehenden Rechtsvorschriften stellen hier gewissermaßen Tatumstände dar, auf deren Vorhandensein und Beschaffenheit der Handelnde sorgsam zu achten hat. Freilich kann so wenig wie bei der Tatfahrlässigkeit eine solche Pflicht zur Anspannung der Aufmerksamkeit mit der Wirkung der Strafbarkeit bei Zuwiderhandlung in jedem Falle und unter allen Umständen begründet sein. Eine derartige Anspannung ganz allgemein zu verlangen, wäre

---

[1]) Vgl. darüber oben § 10.

[2]) Nur hier ist also v. Hippel's und Rümelin's Auffassung der Verbotsfahrlässigkeit (vergl. oben § 10) richtig.

hier wie dort zu viel gefordert. Hier wie dort besteht nur unter besonderen Umständen eine besondere Pflicht zur Aufmerksamkeit; und zwar sind diese besonderen Umstände bei der Tatfahrlässigkeit erhöhte Gefahrenmöglichkeiten. Bei der Verbotsfahrlässigkeit können sie nicht auch in den Umständen der Tat, vielmehr nur in der besonderen Stellung des Täters liegen, welche ihn zur besonderen Bemühung um die Kenntnis der Rechtsvorschriften verpflichtet. Eine solche besondere Stellung wird begründet durch die Ausübung eines Berufes oder Gewerbes oder sonstige, besondere Verwaltungen, wie eine solche z. B. das Halten eines Hundes darstellt. Wer auch nur bei Verstößen gegen bloße positive Satzungen stets allein bei Verbotskenntnis strafen will, setzt sich mit sich selbst in Widerspruch. Er behauptet auf der einen Seite Gleichheit von Tat- und Verbotsirrtum, leugnet aber auf der anderen Seite die daraus unweigerlich entspringende Konsequenz, daß der Tatfahrlässigkeit dann eben auch eine Verbotsfahrlässigkeit entsprechen muß. Deshalb kann auch Binding's Vorschlag nicht genügen [1]), die fahrlässig unterlassene Kenntnisnahme vom Rechtsgebote als Sonderdelikt zu behandeln. Wie bei der Tatfahrlässigkeit muß auch bei der Verbotsfahrlässigkeit in der dritten Deliktsklasse eine Abstufung nach der Schwere der einzelnen Rechtsverletzungen stattfinden. Den Regelfall der Delikte dieser Klasse hat Binding jedoch, wie gesagt, durchaus zutreffend erkannt, und darum sind wir ihm zu Dank verpflichtet, auch wenn wir die Normentheorie als Ganzes als eine einzige, unzulässige Verallgemeinerung ansehen [2]). Natürlich ist in dem Falle, wo eine Pflicht besteht, sich um die Erlangung der Rechtskenntnis zu bemühen, nicht ohne Weiteres, so wie das in der ersten und zweiten Deliktsklasse der Fall ist, mit der Tatsache der Unkenntnis auch deren Schuldhaftigkeit erwiesen. Vielmehr ist es gewiß möglich, daß der Täter ohne sein Verschulden nicht in der Lage war, sich die erforderliche Kenntnis rechtzeitig zu verschaffen. Daß er seine Unkenntnis verschuldet hat, muß ihm daher bewiesen werden. — Zu untersuchen bleibt noch, ob, wenn sein Irrtum wirklich fahrlässig war, geminderte oder volle Strafe einzutreten hat. Sicher ist die Strafwürdigkeit bei Handeln in Kenntnis des Verbotes und bei Handeln in schuldhafter Unkenntnis verschieden. Wer sich für seinen Hund keine Hundemarke

[1]) Näheres vergl. Seite 47 Note 2.

[2]) Weil die Normentheorie aber auf bei einem Teil der Delikte zutreffenden Erwägungen beruht, mußten alle Versuche, sie durch Nachprüfung an einem einheitlichen Maßstabe zu widerlegen, notwendig scheitern. Kohlrausch's Prinzip („Irrtum" S. 23) „der Deliktvorsatz kann sich nur auf das Delikt beziehen, nicht aber auf die Deliktsfolgen", d. h. nur auf die materiellen Elemente, die das Delikt selbst für den Staat als strafwürdig erscheinen ließen, nicht auf die Folgen, die der Staat an die Handlung knüpfte, beweist bei der 3. Klasse der Delikte nicht die Ueberflüssigkeit der Rechtspflichtkenntnis, weil das durch positive Satzung aufgestellte Gebot oder Verbot nicht zu den „Rechtsfolgen" des Delikts gehört, sondern selber erst dessen materielle Elemente schafft.

beschafft, weil er von einer dahingehenden Verpflichtung nichts weiß, verdient geringere Strafe als derjenige, der es unterläßt, nur weil er die Kosten sparen will. In der Formulierung des Gesetzesvorschlages braucht diese Verschiedenheit aber m. E. keine Berücksichtigung zu finden, denn wie schon bisher würde der Strafrichter zweifellos in diesen Fällen auch ohne ausdrückliche Bestimmung künftig die Unkenntnis des Verbots strafmildernd in Betracht ziehen. Die gesetzlichen Mindeststrafen sind aber bei fast allen diesen Verwaltungsdelikten so niedrig, daß kein Bedürfnis danach besteht, sie für den Fall der schuldhaften Verbotsunkenntnis noch weiter herabzusetzen.

Bisher faßte man meistens gerade die Strafdrohungen, die die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen bestimmter Berufe, Gewerbe usw. sanktionieren, auf als schon für den Fall der bloß fahrlässigen Zuwiderhandlung geltend. Wenn das Gesetz von der bei Verbotsirrtum in der dritten Deliktsklasse eintretenden Straffreiheit nur die Verbote ausnähme, die auch für bloß fahrlässige Zuwiderhandlung Strafe androhen, so würde die Judikatur gewiß, dem praktischen Bedürfnis entsprechend, auch weiterhin als derartige Strafdrohungen gerade diejenigen ansehen, welche die Erfüllung der Berufs-, Gewerbspflichten usw. garantieren sollen. M. E. wäre es daher überflüssig, im Gesetz auf diese Pflichten ausdrücklich Bezug zu nehmen.

§ 12. Rechts- oder Pflichtwidrigkeit?

Unser Ergebnis ist also:

In der ersten Deliktsklasse ist zum Vorsatz keinerlei Normkenntnis zu verlangen, in der dritten Klasse Kenntnis der Rechtsnorm. Wir haben noch keine Stellung genommen zu der Frage, welcher Art muß die Norm sein, deren Kenntnis in der zweiten Deliktsklasse ausreicht, um eine Bestrafung wegen vorsätzlichen Vergehens zu ermöglichen? Da unser Bestreben sein muß, ethische und rechtliche Schuldbewertung in Einklang zu bringen, müssen wir den rechtlichen Schuldvorwurf eben da einsetzen lassen, wo der ethische beginnt. Wir haben festgestellt, daß die volle Tragweite und Verwerflichkeit der Delikte der zweiten Klasse erkannt ist, wenn der Täter weiß, daß das, was er tut, dem objektiven Willen, dem Willen, den kulturellen Anschauungen der sozialen Gemeinschaft widerspricht. Ist danach das Bewußtsein der Pflicht- oder der Rechtswidrigkeit zu verlangen? — Keines von beiden, denn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu fordern, ginge zu weit, sich mit dem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu begnügen, nicht weit genug.

Diese Behauptung wird auf den ersten Blick Befremden erregen; man wird fragen: Welche Zwischenstufe soll es denn noch zwischen Pflicht- und Rechtswidrigkeit geben? Eine solche Zwischenstufe gibt es freilich nicht; aber der übliche Begriff des Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit enthält für die Bestimmung des

zum Vorsatz erforderlichen ebenso einen „unbrauchbaren Ueberschuß", wie M. E. Mayer[1]) dies von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit feststellte.

Ich bin mir bewußt, pflichtwidrig zu handeln: das kann zweierlei bedeuten; erstens heißt es, die Handlung geht gegen mein Gewissen, das besagt, sie widerspricht meiner Vorstellung von der sittlichen Idee; zweitens bedeutet es, ich weiß, daß die Gemeinschaft, in der ich lebe, nicht will, daß ich so handle, wie ich handle. Das Erste will ich als individual-ethische, das Zweite als sozial-ethische Pflichtwidrigkeit bezeichnen. Das „Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit" umfaßt beide Elemente. Diese haben aber einen durchaus verschiedenartigen Charakter. Man hat das Verhältnis beider Begriffe sich als das zweier sich schneidender Kreise vorzustellen. Die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung, die die Gemeinschaft von mir verlangt, kann meinem Gewissen, meiner Vorstellung von der sittlichen Idee widersprechen; und ebenso kann mein Gewissen eine Handlung oder Unterlassung von mir fordern, von der ich weiß, daß sie den Anschauungen der Gemeinschaft widerspricht.

Es leuchtet ein, daß dem, was sich uns als Vorsatzerfordernis für die zweite Deliktsklasse oben ergeben hat, nur die sozial-ethische Pflichtwidrigkeit entsprechen kann. Wenn der Täter nicht weiß, daß ein Verhalten, wie das seinige, allgemein gemißbilligt wird[2]), so fehlt es eben an der Erhebung der subjektiven Willkür über den allgemeinen Willen und damit an dem Erfordernis des Vorsatzes in der zweiten Deliktsklasse, woran es nichts ändern kann, wenn der Täter trotzdem einige Gewissensskrupel verspürt. Alsberg[3]) bemerkt mit völligem Recht, daß mit dem Erfordernis des Bewußtseins der sittlichen Erlaubtheit nichts gedient sei. Dieses Bewußtsein würde die Praxis kaum je als fehlend betrachten; sie würde meinen: „Dem Täter kann bei seinem Handeln doch nicht ganz wohl zumute gewesen sein", folglich annehmen, der Täter hätte auch tatsächlich Skrupel gehabt, und wegen vorsätzlichen Vergehens verurteilen. Aber das beweist noch nicht, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefordert werden sollte, sondern nur, daß die individualethische Beurteilung des „Unerlaubten" unbrauchbar ist, daß man das „Gewissen" des Täters für die Untersuchung hier nicht heranziehen darf. — Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern, heißt verlangen, der Täter müsse wissen, die Mißbilligung eines Verhaltens, wie des seinigen, seitens der Gemeinschaft wäre derart, daß diese die Handlung durch den Mund des Staates geradezu verbietet. Für ein derartiges Mehrerfordernis spricht aber theoretisch durchaus nichts mehr, wenn man sich einmal von dem Einflusse

[1]) Allg. Teil S. 234.

[2]) Der Mann z. B., der seine Stieftochter heiratet, wird durch diese offene Handlungsweise vor aller Augen in der Regel zeigen, daß er sich einer allgemeinen Mißbilligung nicht bewußt ist.

[3]) „Reform" 1926, S. 61.

der Binding'schen Anschauung, daß nur die Auflehnung gegen das Recht den Schuldvorwurf begründen könne, freigemacht hat. Vielmehr besteht nach unserer Untersuchung volle Strafwürdigkeit, wenn der Täter nur weiß, daß ein Verhalten wie das seine allgemein gemißbilligt wird. Die andere Meinung macht das Ergebnis von einem so zufälligen, wie für den Schuldvorwurf durchaus belanglosen Wissen abhängig. Praktisch betrachtet, ist aber die hier abgeleitete Lösung die einzig mögliche, weil dem gemeinen Mann die Vorstellung von der rechtlichen Beurteilung seiner Handlung nur ganz selten ins Bewußtsein tritt und es bei ihm regelmäßig bei der Erwägung bleibt: „Dies darf man — nach allgemeinem Urteil — tun und jenes nicht".

Ich glaube, daß die Verfasser des Entwurfs, obwohl sie bewußt auf das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit im üblichen Sinne hinauswollten, mit dem Ausdruck „das Unerlaubte" instinktiv eine Fassung gewählt haben, die die individualethische Beurteilung der Pflichtwidrigkeit zurücktreten ließ. Das Gewissen sagt: Diese Handlung ist nicht anständig, sie geht gegen die sittliche Pflicht; „unerlaubt" deutet mehr auf eine von außen kommende Beurteilung und ist daher sehr wohl geeignet, das hier gefundene Erfordernis des Vorsatzes für die zweite Deliktsklasse wiederzugeben.

Von unserem Ergebnis aus erscheint klar begreiflich, weshalb die für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit eintretenden Abarten der subjektiven Theorie in ihren Argumenten gegeneinander so durchaus nicht weiterkamen. Für die dritte Deliktsklasse ist, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz zu verlangen, allein richtig[1]), für die erste Deliktsklasse das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu fordern, noch das kleinste Uebel; in der zweiten Klasse war nur die Forderung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit geeignet, den bisherigen, öfters allzu harten Verurteilungen entgegenzuwirken, und bewahrte nur die Forderung des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit vor ungerechtfertigten Freisprechungen.

§ 13. Der Gesetzesvorschlag.

Es gilt jetzt, das Ergebnis unserer Untersuchung in einem Gesetzesvorschlag zusammenzufassen. Nur noch eines ist unklar geblieben: Wie ist der in der ersten und zweiten Deliktsklasse anders als der faktische Irrtum zu behandelnde Bewertungsirrtum zu bezeichnen, um die Anwendung der aufzufindenden Methode zur exakten Scheidung der Irrtümer tunlichst zu erleichtern? Man nehme hier zunächst auf Treu und Glauben hin (der Nachweis wird sich später von selbst ergeben), daß mit dem Ausdruck „Irr-

[1]) Jedenfalls fällt hier das Bewußtsein der allgemeinen Mißbilligung mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zusammen.

tum über die Unerlaubtheit" sich ganz brauchbar wird arbeiten lassen und dessen nähere Spezialisierung oder die Heranziehung des Begriffs „Rechtsirrtum" usw. nicht erforderlich ist. Aus der Beibehaltung einer Bestimmung über Tatirrtum wird sich von selbst ergeben, daß mit „Unerlaubtheit" nicht die konkrete Unerlaubtheit der einzelnen Tat, zu deren Unkenntnis ja auch der Tatirrtum als „Folge-Irrtum" (im Sinne Binding's — vgl. unt. —) führt, gemeint ist, sondern die generelle Unerlaubtheit, welche dem im faktischen Tatbestande richtig erkannten Delikt als solchem anhaftet. Um es ganz klar zu umschreiben: Gemeint ist der Irrtum über die generelle rechtliche Verbotenheit oder allgemeine Mißbilligung der im faktischen richtig beurteilten Handlung.

Ich unterstelle, daß ein besonderer Paragraph die Milderung des Strafrahmens bei Verbotsfahrlässigkeit enthält. Es ergibt sich dann als Gesetzesvorschlag:

> *„Nach Maßgabe des § . . . . milder bestraft wird der Täter, der in Unkenntnis der Unerlaubtheit der Tat handelte, es sei denn, daß aus dieser gemeinschädliche oder rohe Gesinnung spricht.*
>
> *Der Irrtum über zu Zwecken der Ordnung des Gemeinwesens oder der Verwaltung erlassene Vorschriften schließt, soweit diese nicht auch für fahrlässige Zuwiderhandlung gelten, die Bestrafung aus."*

Der „Unkenntnis der Unerlaubtheit" im ersten Absatz entspricht der „Irrtum über die . . . . Vorschriften" im zweiten Absatz. Es wird aus dieser Korrespondenz klar genug hervorgehen, daß auch im zweiten Absatz ein nur hier durch Irrtum über die betreffenden Vorschriften veranlaßter Irrtum über das generelle Verbotensein der Tat gemeint ist. Ein Hinweis im zweiten Absatz auf das Erfordernis der Schuldhaftigkeit des Irrtums ist m. E. nicht erforderlich, da die Wendung „fahrlässige Zuwiderhandlung" mit genügender Deutlichkeit ergibt, daß es an einem Verschulden hinsichtlich der Unkenntnis nicht fehlen darf. Es bedarf keiner Hervorhebung, daß der schuldhafte Irrtum über eine Vorschrift, die zur vollen Strafbarkeit nur fahrlässige Verletzung verlangt, zu keiner Ermäßigung der Strafe nach Absatz 1 führen kann.

Lebenslauf.

Geboren am 15. April 1905 zu Berlin-Charlottenburg als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Fritz Weinberg, besuchte ich von Ostern 1911 bis zur Reifeprüfung Ostern 1923 Vorschule und Gymnasium des Fichte-Gymnasiums zu Berlin-Wilmersdorf, studierte sodann 6 Semester ausschließlich in Berlin und bestand dort am 30. Juli 1926 das Referendarexamen. Seither bin ich im Bezirk des Kammergerichts und zwar zuerst im Bezirk des Landgerichts III, jetzt des Landgerichts I im Vorbereitungsdienst als Referendar beschäftigt.

Berlin, den 22. Februar 1927.